

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DO NEXO DE IMPUTAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Bernardo Monteiro Ferraz

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
DIREITO CIVIL

**LISBOA
2020**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



DO NEXO DE IMPUTAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Bernardo Monteiro Ferraz

Dissertação apresentada em sede do Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito na área de Direito Civil.

Orientador: Professor Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

**LISBOA
2020**

À Thaise, alicerce da minha vida,
causa da minha felicidade sob
qualquer perspectiva.

Aos meus pais. O desejo de lhes
retribuir com orgulho o amor
recebido é o combustível para
buscar, sempre, fazer o melhor que
posso.

RESUMO

Esta dissertação analisa a função do nexo de causalidade enquanto instrumento fundamentador da responsabilidade civil extracontratual objetiva. A partir da demonstração da individualidade do fator objetivo da obrigação de indenizar, não mais compreendido como um apêndice ou uma simples exceção à responsabilidade civil subjetiva, afirma-se a necessidade de construção de um paradigma dogmático próprio. É este o foco do primeiro capítulo do estudo, centrado nas alterações socioeconômicas que impulsionaram a evolução histórica da responsabilidade civil objetiva, bem como as relevantes alterações enfrentadas pelo modelo da culpa. No segundo capítulo, aponta-se o nexo de causalidade como o elemento comum às distintas manifestações do fator objetivo de responsabilidade, surgindo a teoria da imputação objetiva como o critério adequado para, afastando-se da perspectiva naturalística, construir um instrumento dogmaticamente coerente e axiologicamente justo para a atribuição do dever de indenizar.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil objetiva. Nexos de causalidade. Nexos de imputação.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the causal link as the proper instrument for managing strict liability in torts. After asserting the autonomy of strict liability, no longer understood as a simple exception to the negligence rule, it is clear the necessity to build an independent theory. The first chapter focuses on the socioeconomic changes that drove the historical evolution of strict liability, as well as the changes seen in the negligence model. In the second chapter, the causal link is pointed out as a common element to the different manifestations of the objective factor of responsibility, with the objective imputation theory emerging as the appropriate criterion for building a dogmatically coherent and ethically fair instrument for the application of torts, oblivious to the factual perspective of the causal analysis.

Keywords: Torts. Strict liability. Causal analysis. Imputation nexus.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESTRUTURA DOGMÁTICA	10
1.1. Do contexto propício ao surgimento da responsabilidade objetiva.....	10
1.2. Alicerce valorativo e estrutura dogmática da responsabilidade subjetiva.....	15
1.3. O alicerce ético da responsabilidade objetiva	22
1.4. Estrutura dogmática da responsabilidade objetiva: afastamento dos pressupostos delituais clássicos.....	30
1.5. Responsabilidade objetiva em Portugal	36
1.5.1. A responsabilidade do comitente.....	37
1.5.2. A responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas por atos de gestão privada	42
1.5.3. Danos causados por animais	45
1.5.4. Danos causados por veículos.....	48
1.5.4.1 Veículos de circulação terrestre	48
1.5.4.2 Danos causados por outros veículos.....	56
1.5.5. Danos causados por instalações de energia elétrica ou gás.....	61
1.5.6. Responsabilidade civil do produtor	63
1.6. Panorama geral do fator de atribuição objetivo	70
2. DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA....	73
2.1. Da delimitação do tema.....	73
2.1.1. Das funções de nexo de causalidade	77
2.1.2. Da insuficiência das teorias tradicionais do nexo de causalidade	83
2.2. Do pano de fundo das teorias tradicionais da causalidade	91
2.3. Teoria da equivalência das condições causais	96
2.4. Teoria do dano direto e imediato.....	113
2.5. Teorias da causa eficiente e da causa próxima	119
2.6. Teoria da causalidade adequada	123
2.7. Teoria da necessidade fraca/suficiência forte: a abordagem NESS.....	139
2.8. Do pano de fundo das teorias normativas da causalidade.....	144
2.9. Do nexo de causalidade normativo: causalidade e causação	154
2.10. Teoria do escopo da norma violada	161
2.11. Teoria da imputação objetiva	171
CONCLUSÃO	209

BIBLIOGRAFIA	214
---------------------------	------------

INTRODUÇÃO

Umberto Eco, na voz do personagem Guilherme de Baskerville, um frei franciscano do século XIV, já advertia: “raciocinar sobre as causas e os efeitos é coisa bastante difícil (...). Nós já penamos muito estabelecendo uma relação entre um efeito tão evidente como uma árvore queimada e o raio que a incendiou, que o remontar cadeias por vezes longuíssimas de causas e efeitos me parece tão insensato quanto o querer construir uma torre que chegue até o céu”.¹

A eloquente advertência do personagem serve de aviso do tortuoso caminho que ora se adentra. Embora árdua, a tarefa de promover um juízo sobre o liame existente entre um determinado evento e certos efeitos é essencial para diversos campos do conhecimento, em particular, para a ciência jurídica.

Sendo o Direito um instrumento voltado a disciplinar a conduta em sociedade, como parte do projeto de realização dos fins axiológicos albergados no ordenamento jurídico, não pode prescindir do encargo de estabelecer o pertencimento de determinados resultados, especialmente os danosos, a certos eventos. Sem isso, torna-se impossível a prescrição de condutas, pois inviabilizada sua contraface, qual seja a responsabilização.²

Não à toa, a doutrina é praticamente uníssona na afirmação de que o nexo de causalidade é pressuposto da responsabilidade civil, do surgimento da obrigação de indenizar³, assertiva verdadeira para qualquer das modalidades de responsabilização civil – contratual ou aquiliana –, bem como, dentro da última categoria, igualmente para a responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

É sobre a última espécie de responsabilidade extracontratual, entretanto, que concentraremos nossa atenção.

Relativamente recente do ponto de vista histórico, a responsabilização pelo risco vem rapidamente ganhando espaço no terreno da obrigação de indenizar, deixando de ser exceção para, dada a representatividade quantitativa das relações

¹ ECO, Umberto. *O nome da rosa*. Rio de Janeiro: Record. Edição Kindle, 2011, posição 869.

² Nas palavras de Francisco Coelho, “não se concebe um sistema jurídico à margem da ideia de responsabilidade. O direito é um conjunto de comandos, de normas imperativas – e essa imperatividade revela-se sobretudo na prática pela via da responsabilidade. A responsabilidade é a prova real de que o direito é direito” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Coimbra: 1950, 180p. Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 56).

³ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. Revista Jurídica, v. 50, n. 296, jun., 2002, p. 7.

por ela disciplinadas – em especial o terreno das relações de consumo –, tornar-se o eixo central da atuação do estudioso da responsabilidade civil.

Sua evolução histórica e construção dogmática serão expostas no primeiro capítulo, como forma de esclarecer a linha distintiva entre as perspectivas subjetiva e objetiva de atribuição do dever de indenizar. Alicerçadas em bases valorativas diversas, o manejo de cada uma dessas abordagens envolve o reconhecimento de distintos fatores de imputação, mais pronunciados na responsabilização subjetiva, dado o papel do binômio ilicitude e culpa.

A aparente vagueza dos filtros de seleção das hipóteses reguladas pela responsabilidade civil objetiva – o que comumente conspira para a incorreta visão de que o instituto viabiliza o ressarcimento de forma ampla e irrestrita – encontra no estudo do nexo de causalidade o instrumento de equilíbrio da balança. É apenas através da compreensão de que o liame causal funciona como mais do que um mero delimitador dos danos ressarcíveis, participando do processo de fundamentação da obrigação de indenizar, que o jurista pode aplicar corretamente a regra de responsabilização pelo risco.

A causalidade, portanto, deve necessariamente participar do processo de imputação, de atribuição, do dever de indenizar, inexistindo espaço para visões estanques, que recortam e isolam a análise do fenômeno jurídico em etapas, sem o imprescindível diálogo entre fator de atribuição, comportamento e dano.

Dito diálogo é viabilizado exatamente pela atuação de um renovado nexo de causalidade.

Para tanto, apenas uma visão normativa da causalidade é capaz de produzir respostas apropriadas às perguntas que interessam ao Direito, aptas a sustentar decisões judiciais coerentes do ponto de vista dogmático e adequadas do ponto de vista valorativo. Há, portanto, de se superar o caminho tortuoso das teorias naturalísticas da causalidade, cuja obscuridade criou as condições para a atual situação de incerteza no terreno da causalidade, em que as teorias tradicionais servem mais de invocações retóricas do que critérios de orientação do julgador.

O nexo de causalidade, cerne do presente estudo, é o campo de investigação do segundo capítulo, cujas conclusões sustentam a capacidade da teoria da imputação objetiva para fornecer os critérios normativos adequados ao manejo da responsabilização civil pelo risco.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESTRUTURA DOGMÁTICA

1.1. Do contexto propício ao surgimento da responsabilidade objetiva

Compreender um instituto jurídico passa, fundamentalmente, por conhecer as circunstâncias históricas, sociais e econômicas que demandaram seu surgimento, consolidação e expansão. Se tal advertência se apresenta como indiscutível em qualquer área do Direito, para a responsabilidade civil possui significado ainda mais marcante.

Ao disciplinar os critérios a partir dos quais determinado prejuízo será transferido da esfera do lesado para outrem, a responsabilidade civil deve caminhar lado a lado com as alterações da escala de valores da coletividade e com a dinâmica social de formação de danos.

Dito isso, faz-se essencial historiar a evolução da imputação pelo risco como critério de justificação da obrigação de indenizar, dever jurídico cuja prestação se manifesta na recomposição, restauração ou compensação do prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial experimentado por um sujeito. Está-se, portanto, diante da alternativa dogmática à imputação delitual, ou seja, à amplamente dominante responsabilidade civil subjetiva, fundada no binômico ilicitude e culpa.

Cumprе atentar, desde logo, que o escopo do capítulo não se dirige a examinar, pontualmente e de forma exaustiva, cada uma das inúmeras áreas nas quais o Direito optou por fazer valer a lógica da imputação pelo risco. Ao contrário, a pretensão se volta a demonstrar o fio condutor da história da responsabilidade civil objetiva enquanto gênero – se é que possível se falar em uma unidade estrutural do tema –, seu alicerce ético e suas manifestações centrais.

Para tanto, imprescindível demonstrar brevemente a evolução experimentada pela responsabilidade civil subjetiva, igualmente submetida às mesmas pressões que justificaram o surgimento da imputação pelo risco.

A análise do tema remete à percuciente observação de Menezes Cordeiro⁴, ao afirmar que, na tradição de Gaio, os institutos centrais do Direito das Obrigações – o contrato e o delito – atuam cada qual em sua vertente: enquanto o primeiro se

⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 286.

apresenta como um instrumento de liberdade e criação de riquezas, a responsabilidade civil funciona como um meio de defesa, de conservação de riquezas.

A posição de Gaio, cunhada em contexto prévio ao surgimento da responsabilidade civil objetiva como a conhecemos, se mostra extremamente adequada aos tempos atuais. Um instrumento jurídico de defesa frente à potencialidade de danos nunca foi tão oportuno como na atual quadra histórica, na qual as alterações socioeconômicas oportunizaram não uma mera alteração na temática da responsabilidade civil, mas algo a mais.

Nas palavras proferidas por um de seus precursores, Louis Josserand, ao abordar o tema, “evolução caracteriza palidamente o fenômeno que me proponho a analisar antes de vós: é antes de revolução que conviria falar, tão rápido, tão fulminante se evidencia o movimento que leva a teoria da responsabilidade a novos destinos”.⁵

Dita revolução jurídica foi oportunizada por outra revolução, a Industrial, cujos reflexos alteraram drasticamente as condições de vida e a dinâmica produtiva, fazendo surgir um mundo em ebulição.

Embora a relação acima exposta, entre Revolução Industrial e responsabilidade civil objetiva, seja frequentemente encontrada nos livros de Direito, nem sempre é fácil ao jurista de hoje – já nascido na dinâmica de uma sociedade de consumo em massa – dimensionar as profundas – e céleres – alterações experimentadas no período.

Nas palavras do historiador Eric Hobsbawm⁶, a primeira Revolução Industrial, datada na Inglaterra entre os anos de 1780 e 1840, representa o surgimento de um novo modelo de produção, o sistema fabril, apto a produzir mercadorias em quantidade imensa e a um custo rapidamente decrescente, circunstância que findou por romper o até então inquebrável vínculo entre a produção e a demanda. Ao contrário, o sistema fabril permitia a produção em escala tão superior à anterior que os produtores se viam em condições de expandir mercados, seja pela aquisição de novas áreas de influência, seja pelo estímulo ao consumo interno, ambos apoiados na redução do preço pela comercialização em escala.

⁵ JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência. Revista Forense, Belo Horizonte, v. 38, n. 86, abr./jun., 1941, p. 548.

⁶ HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. Edição Kindle, p. 48.

Como alicerce desse intenso movimento de expansão, cabe destacar o notável crescimento das indústrias de bem de capital na Inglaterra: entre 1830 e 1850, a produção de ferro e carvão mais que triplicou. Ambas as extrações foram viabilizadas – em um movimento de estímulo recíproco – pela utilização de ferrovias: enquanto em 1830 havia pouco mais do que alguns quilômetros de ferroviários no mundo, em 1840 elas já totalizavam sete mil quilômetros e, em 1850, trinta e sete mil quilômetros.⁷

O transporte, portanto, foi revolucionado, reduzindo distâncias e permitindo a expansão comercial.

Em paralelo ao aumento da produção, a dinâmica demográfica sofreu drástica alteração. A Revolução Industrial demandava, a um só tempo, ampla mão de obra para o trabalho fabril, o surgimento e a constante expansão de um mercado consumidor interno e a ampliação da produtividade agrícola para fazer frente à crescente demanda urbana.

Tais objetivos só poderiam ser alcançados com a alteração do modo de apropriação da terra.

Segundo o citado historiador, três mudanças se faziam igualmente essenciais: transformar a terra em mercadoria, apta a ser negociada livremente entre proprietários privados; transferir a propriedade para uma nova classe de proprietários, voltada a utilizar a terra não como uma manifestação estática de riqueza, mas sim como um instrumento de lucro; e converter a massa de trabalhadores em assalariados, sendo a maior parte dirigida às zonas urbanas e ao trabalho fabril.⁸ Tal movimento, com características diversas em cada país, corporificou-se na rápida expansão das cidades, invertendo em pouco mais de um século a milenar distribuição da população entre as áreas urbanas e rurais.⁹

Em paralelo – e de forma mais lenta do que as alterações acima –, inegáveis mudanças atingiram a escala valorativa da sociedade. O fenômeno do surgimento dos Estados-nação e sua conversão, ao longo das primeiras décadas do século XX, em Estados de bem-estar social bem representa a alteração da pauta de

⁷ *Ibidem*, p. 61/62.

⁸ *Ibidem*, p. 195.

⁹ Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), a população mundial urbana superou a rural em 2008, mesmo considerando zonas ainda marcadamente rurais, como a África subsaariana e a Índia. Todavia, quando observadas apenas as nações desenvolvidas e em desenvolvimento, a inversão ocorreu há décadas. Fonte: <https://ourworldindata.org/urbanization>.

reivindicações da população em sua relação com o poder constituído: de direitos de mera abstenção, de preservação de uma esfera de liberdade individual frente ao Estado, a direitos prestacionais, ao papel de fiador de uma vida digna e com qualidade.

Com perspicácia, aponta o também historiador Yuval Harari que “o direito de buscar a felicidade, concebido na origem como uma restrição ao poder do Estado, imperceptivelmente ganhou forma de direito à felicidade – como se os seres humanos tivessem o direito natural de serem felizes, e tudo o que nos faça ficar insatisfeitos seja uma violação de nossos direitos básicos, de modo que o Estado deveria fazer algo a respeito”.¹⁰

A observação acima – exarada em um contexto mais amplo do que o objeto do presente trabalho – relaciona-se diretamente com a mudança de perspectiva social sobre o dano, sobre quem deve suportar o prejuízo, alicerce ético que justifica axiologicamente a imputação pelo risco.

Aqui, é importante que se perceba algo muitas vezes ignorado: a utilização da negligência como o filtro de identificação dos danos ressarcíveis tem por consequência o fato de que, quando tal requisito não se encontrar presente ou não tenha sido demonstrado, a vítima igualmente não culpável suporta o prejuízo. Em alguma medida, portanto, sempre houve a imputação de prejuízo sem culpa, mas para a vítima, constatação eclipsada pela profunda interiorização da ideia de que o prejuízo deve ser suportado, como regra, pelo prejudicado: vide os brocados *casum sentit dominus* e *loss will lie where it falls*.

O prejuízo, em casos tais, é visto como um infortúnio, ao qual não se vincula qualquer responsável. Tratar-se-ia de um preço pela ampliação da interação social decorrente do desenvolvimento humano, que tantos benefícios gerou, devendo por isso ser suportado por quem o sofreu.

Portanto, asseverar que apenas a culpa justifica suportar o ônus do prejuízo somente é verdadeiro sob a ótica do lesante. Para o lesado, ao contrário, o dano muitas vezes é objetivamente suportado, mesmo durante o império da responsabilidade delitual.¹¹

¹⁰ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve histórica do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 37.

¹¹ ABRAHAM, Kenneth S. *Strict Liability in Negligence* (August 15, 2011). 61 DePaul Law Review 271 (2012). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1909864>, acesso em 15 de janeiro de 2019, p. 279.

Todavia, tal concepção sobre a vítima – sob o ponto de vista do patamar ético da sociedade – não mais se apresenta como inquestionável. Ao contrário, na sociedade atual, o ser humano reage com inquietude diante da ideia de que a perda de qualidade de vida, sem que para tanto tenha contribuído a própria vítima, seja tratada como um infortúnio, como um azar. A coletividade demanda – e o ordenamento jurídico estatal reflete – cada vez mais a necessidade de identificação de um responsável pelo dano.

Por outro lado, a reprovação moral inerente à gênese da responsabilidade civil delitual no modelo iluminista também se apresentava flexibilizada na virada do século XX, em especial pelo surgimento dos seguros de responsabilidade civil e da própria seguridade social pública.¹²

Causa e efeito, pois, ao mesmo tempo em que abalou a compreensão de que a obrigação de indenizar refletia uma relação bilateral, entre ofensor e ofendido – e, portanto, um instrumento de justiça corretiva –, estimulou doutrina e jurisprudência a defenderem a ampliação das hipóteses de reparação, na medida em que cada vez menos se podia falar no risco de insolvência do responsável como consequência da teoria do risco, desde que o ofensor cumprisse com seu ônus de celebrar o já então disponível contrato de seguro.

Por fim, não se pode ignorar que a teoria tradicional da responsabilidade civil delitual – a despeito dos méritos que lhe são devidos – resultou por servir, na prática, para a consolidação de uma dinâmica em que os danos socialmente mais relevantes, quais sejam aqueles oriundos das relações de trabalho e dos serviços de transporte, permaneciam não reparados.

A situação acima era particularmente útil à etapa inicial de expansão capitalista, marcada pela crescente acumulação de capitais como elemento antecedente à possibilidade de investimentos cada vez mais vultosos. Útil, à evidência, para o proprietário da fonte de perigo, e não para o prejudicado.

Entretanto, no início do século XX, dito momento inicial já havia sido superado nas primeiras nações industrializadas, permitindo o surgimento de um

¹² Conforme apontado por Sinde Monteiro, no processo de acolhida da teoria da imputação pelo risco “desempenhou um papel fundamental uma outra instituição, o seguro de responsabilidade”¹², simultaneamente causa e efeito do alargamento da responsabilidade objetiva (MONTEIRO, Sinde. *Responsabilidade Civil: I – Introdução*. Revista de Direito e Economia, Coimbra, A. IV, (2), Julho-Dezembro 1978, p. 313-415, p. 319).

ambiente econômico permeável à alteração ética que envolve a imputação pelo risco.¹³

Tem-se, brevemente, o apanhado socioeconômico, histórico e cultural sobre o qual se desenvolveram tanto as relevantes mudanças na teoria subjetiva quanto o advento da imputação pelo risco.

O mundo fundamentalmente rural, com modo de produção artesanal e indiscutível predomínio da moral cristã da época de elaboração dos Códigos Civis jusracionalistas do início do século XVIII, encontrava-se profundamente alterado na virada do século XX.

Sociedades cada vez mais urbanizadas e fabris; palpitantes demandas sociais por melhorias na qualidade de vida e uma tolerância cada vez menor com a ideia de dano não reparado surgem como os alicerces da revolução propugnada por Josserand.

Se tais circunstâncias já se encontravam presentes há um século, hoje são inegavelmente mais pronunciadas.

Os riscos e perigos se espalham a todas as áreas da vida, potencializadas pelo dinamismo da sociedade de consumo em massa, constantemente exposta a novos produtos e tecnologias.¹⁴ Internet, alimentos geneticamente modificados, medicamentos revolucionários, doenças que não encontram barreiras geográficas e a biotecnologia são apenas algumas das vertentes desse fenômeno.

A expansão das possibilidades disponíveis ao ser humano – a ampliação de sua capacidade produtiva, da expectativa de vida e da possibilidade de interação social – caminha lado a lado com a crescente insegurança. Como dito por Paula Vaz Freire, “no mundo em que vivemos apenas uma coisa é certa: a incerteza”.¹⁵

1.2. Alicerce valorativo e estrutura dogmática da responsabilidade subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é o fundamento clássico da obrigação de indenizar, fruto de um longo processo de construção de seus requisitos, desde a

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil. Volume 3*. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 502.

¹⁴ MARINANGELO, Rafael. *Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade civil objetiva*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 33/2014, Jan - Jun/2014, p. 56.

¹⁵ FREIRE, Paula Vaz. *Sociedade de risco e direito do consumidor*. In: Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais. LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). São Paulo: Atlas, 2013, p. 375.

gênese nos tipos delituais romanos até a consolidação de uma cláusula geral nos códigos do século XVIII e XIX. Apreciar sucintamente sua dinâmica de formação apresenta-se como etapa essencial para lhe conferir o merecido prestígio, enquanto instituto que representa um refinamento no pensamento jurídico.

Em muitas oportunidades, a defesa de um novo critério jurídico é exercida na forma da desconstrução da alternativa tida por inadequada, e não pela salutar indicação de esferas de aplicabilidade diferentes, de problemas diversos que exigem soluções diferenciadas.

Na seara da responsabilidade civil, a expansão da responsabilidade civil objetiva é muitas vezes contraposta à uma alegada indiferença da responsabilidade delitual clássica para com o trato dos danos e com a situação prática das vítimas. Alegação implícita, que deflui do tom crítico em que apresentado o instituto. Liberalismo e patrimonialismo são trazidos como o alicerce de uma ordem jurídica injusta na temática dos acidentes, cujo eixo se encontra na responsabilidade delitual.

A evolução da responsabilidade civil aquiliana é muitas vezes exposta de forma maniqueísta, praticamente como a vitória da justiça sobre a injustiça.¹⁶

Não se está a negar o fato de que a responsabilidade civil subjetiva findou por se tornar um instrumento inadequado à dinâmica de danos em massa na sociedade contemporânea, com reflexos inaceitáveis na aplicação prática do instituto. Ao contrário, pretende-se apenas advertir que não se trata de uma teoria essencialmente incompatível com a realidade atual, mas sim um valioso instrumento, com campo de aplicação relevante nas relações privadas, além de uma destacada evolução no seu momento histórico.

Vejamos.

A responsabilidade civil romana, marcada pela tipicidade das hipóteses delituais, possuía inicialmente um caráter marcadamente punitivista, e não meramente ressarcitório.¹⁷ Em paralelo, apenas com a paulatina influência da ética cristã –

¹⁶ “O individualismo exasperado do *laissez faire* demandava pela prevalência da irresponsabilidade. (...) Ao invés da preservação de privilégios, o direito civil consentiu que o princípio da solidariedade ampliasse as hipóteses de compensação de danos independentemente da existência de um ato ilícito e da identificação de um culpado” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Ibidem*, p. 209/210).

¹⁷ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 65.

refletida no Direito pós-clássico do Código Justiniano –, o processo de imputação passa a guardar contornos valorativos, e não meramente causais.¹⁸

Mas um longo percurso ainda teria que ser transposto até que o movimento jusracionalista – amparado nas lições de Grócio, Pufendorf e Thomasius – reunisse as condições para se afastar das limitações decorrentes da rigidez típica das hipóteses delituais romanas, cunhando uma cláusula geral amparada em um elemento central: a culpa.

A culpa (*faute*) apresentou-se como elemento capaz, a um só tempo, a sustentar uma construção teórica ampla e abstrata, aplicável a uma generalidade de situações fáticas ainda desconhecidas, e a condensar o referencial ético da sociedade racionalista, garantindo assim legitimidade social.

Nesse contexto, a confiança na capacidade do homem de se autodeterminar, amparado na razão, é elemento ético central no discurso jusracionalista. A responsabilidade civil surge, portanto, como o instrumento de formação da obrigação de indenizar decorrente da livre violação de um parâmetro de conduta, seja ao violar o dever de agir com cautela – na culpa em sentido estrito –, seja ao deliberadamente dirigir sua vontade ao resultado ilícito – no dolo.¹⁹

Essencial à responsabilidade subjetiva, portanto, é a ideia de desvalor, de reprimenda por uma conduta inadequada. A responsabilidade, portanto, surge como reflexo do mau uso da liberdade que a razão garante a cada ser humano.

Não por outro motivo Josserand se refere à culpa como “espécie de pecado jurídico”²⁰, demonstrando pela escolha de palavras a vinculação umbilical entre a moralidade cristã e o primeiro momento da imputação subjetiva.²¹

¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 305.

¹⁹ “Esse valor é o fundamento da responsabilidade civil subjetiva. Ao imputar a quem incorre em ilícito a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes, a lei prestigia a noção de que a vontade é a fonte de todas as obrigações. (...) Quem é responsabilizado por ato ilícito é-o porque agiu como não deveria ter agido. Foi negligente naquilo em que deveria ter sido cuidadoso, imperito quando tudo dependia de sua habilidade, imprudente se era exigida cautela, ou comportou-se conscientemente de modo contrário ao devido. Em suma, uma conduta diversa era exigida do causador dos danos”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 619).

²⁰ JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência. Revista Forense, Belo Horizonte, v. 38, n. 86, abr./jun., 1941, p. 557.

²¹ ROGEL VIDE, Carlos. *Culpa y responsabilidad civil extracontractual*. Revista general de legislación y jurisprudência, Madrid, Época 3, ano 154, nº 1, Ene - Mar, 2008, p. 112.

A responsabilidade subjetiva surge, assim, como uma espécie de censura moral atribuída pelo Direito, que tem em seus requisitos dogmáticos o instrumental de aplicação adequado.²² A colocação da ilicitude e da culpa – ou da *faute* francesa – como pressupostos da obrigação de indenizar atua exatamente como o expediente técnico capaz de veicular dita reprovação.

Importante ressaltar a evolução que representa o surgimento de uma cláusula geral do dever de indenizar, baseada em tal noção ampla de censura e alçada à posição de regra legal pelo Código Civil francês de 1804.²³

De maneira inédita, a responsabilidade civil ganhava potencialidade de alcançar uma imensidade de novas hipóteses, não mais se cingindo aos delitos típicos, consagrados pela experiência romana. Ao prescrever uma cláusula geral, potenciais vítimas ampliavam a possibilidade de verem ressarcidos seus prejuízos, não mais circunscritos a tipos específicos.

A imputação subjetiva, portanto, não se limita à repetida ideia de patrimonialismo e insuficiente tutela dos ofendidos. Pelo contrário, manifestou-se inicialmente como um instrumento de ampliação da proteção jurídica.²⁴

Tratava-se, porém, de uma construção talhada para a realidade socioeconômica da era das Codificações, ainda na iminência de ser arrebataidamente alterada pela Revolução Industrial.²⁵ Em uma sociedade ainda pouco populosa e rural, marcada pelo modo de produção artesanal, os danos decorriam de atos isolados, aptos a serem examinados sob o filtro da censura ético-jurídica.²⁶

Por outro lado, a responsabilidade civil subjetiva era tida por mecanismo apto a induzir o sujeito a um comportamento prudente e vigilante, possuindo assim marcado caráter educativo.²⁷

²² CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 9.

²³ “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*” (art. 1.382).

²⁴ ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar no Direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Curitiba: Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Dissertação de mestrado, 2006, p. 130.

²⁵ De forma a contextualizar o momento histórico, cabe destacar: Codificação da Bavária (1756); da Prússia (1794); da França (1804) e da Áustria (1811).

²⁶ MONTEIRO, Sinde. *Responsabilidade Civil: I – Introdução*. Revista de Direito e Economia, Coimbra, A. IV, (2), Julho-Dezembro 1978, p. 313-415, p. 322.

²⁷ VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Fundamentos da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)*. Lisboa: [s.n.], 1959, p. 7.

Representativas da concepção clássica são as palavras de Antunes Varela, segundo o qual “dos danos que cada um sofre na sua esfera jurídica só lhe será possível ressarcir-se à custa de outrem quanto àqueles que, provindo de facto ilícito, sejam imputáveis a conduta culposa de terceiro. (...) É uma espécie de preço que cada um tem de pagar por estar no mundo ou viver em sociedade, ou como um tributo que a vida cobra de cada cidadão no seio da colectividade em que se insere”.²⁸

Demonstrado o contexto no qual floresceu a doutrina clássica da responsabilidade civil subjetiva, cabendo agora apreciar como tais elementos se manifestavam na dogmática do instituto.

Enquanto no sistema francês a pedra de toque é o conceito de *faute*, locução polissêmica que congrega as noções de ilicitude e culpa sem maior distinção analítica, o sistema alemão trabalha com a distinção entre os elementos ilicitude e culpa e com a fixação de pressupostos diversos a depender da categoria tutelada.²⁹

Não por acaso a doutrina portuguesa e brasileira, diante da influência da teoria alemã nas codificações dos respectivos países, traz como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva os elementos fato, ilicitude, culpa, causalidade e dano, cindindo a análise da ilicitude e da culpa. Dita concepção quinquipartida, embora sujeita a inúmeras variações entre os doutrinadores, bem expõe a quantidade de etapas a ser vencida por aquele que pretende constituir judicialmente a obrigação de indenizar na abordagem subjetiva.³⁰

Sem a pretensão de explorar pontualmente os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, há de se consignar que a exposição do ponto que aqui interessa parte da adoção da teoria do duplo escalão, segundo o qual a análise do dever de cuidado violado está analiticamente posicionada na ilicitude, enquanto o juízo de reprovação da conduta resta consignado na culpa.³¹

A distinção acima é importante, pois dialoga com a evolução da culpa psicológica para a culpa normativa, que será a seguir abordada.

²⁸ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 626.

²⁹ Direitos absolutos, normas de proteção e bons costumes.

³⁰ Adotando posições mais sintéticas: Menezes Cordeiro, para quem os pressupostos seriam apenas o dano e a imputação (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 432); e Pessoa Jorge, para quem os pressupostos são apenas o ato ilícito – no qual incluído o nexo de imputação – e o prejuízo – no qual incluído o nexo de causalidade (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 55).

³¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 1140.

O descompasso entre a conduta praticada e o parâmetro de conduta exigível – a representar a ilicitude – sempre foi apreciado a partir de um referencial objetivo, abstrato, qual seja a conduta do *bonus pater familias*. Ora, se a ilicitude representa o descompasso entre a conduta e a ordenamento jurídico, cuja característica central é a generalidade e a abstração, é evidente que tal juízo de valor não poderia ser realizado à luz das características pessoais do sujeito. Um determinado comportamento não pode ser avaliado como lícito ou ilícito tendo por referencial o próprio agente, como se um ordenamento jurídico particular o regesse.³²

Diversa é a situação do juízo de censura, próprio da culpa *lato sensu*.³³

Aqui, é dogmaticamente compatível falar em culpa individual, concreta, representada pela reprovação decorrente do fato de que – em relação ao comportamento já antes tachado, no exame da ilicitude, de desconforme ao parâmetro imposto – era possível ao ofensor agir de modo diverso.

O critério de aferição desta censura, porém, pode estar no sujeito lesante ou alicerçada em critérios abstratos, construídos para além do lesante.

A doutrina tradicional da responsabilidade civil subjetiva tinha por essencial ser o juízo de reprovação realizado de forma concreta.³⁴ A culpa psicológica exigia um exame das capacidades individuais, experiência de vida e condições próprias do sujeito ofensor, tudo a ser analisado em atenção às circunstâncias particulares do evento lesivo, único expediente capaz de garantir a censura ético-jurídica própria da responsabilidade civil delitual.

Tem-se, destarte, que a responsabilidade civil delitual clássica – livre das amarras dos delitos típicos romanos – baseou a construção de sua cláusula geral no binômio ilícito e culpa.

³² Como afirma Rui Ataíde, “a inclusão da violação do dever objectivo de cuidado na culpa constituía um paradoxo teórico, porque ordena na mesma instância dogmática o objeto da valoração – infração do dever – e a valoração do objeto – avaliação da reprovabilidade daquela violação. A culpa não contém deveres, antes pressupõe a sua violação, servindo para avaliar se a sua prevaricação é ou não censurável” (ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *O cuidado entre a ilicitude e a culpa*. Revista FIDES, v. 8, n. 2, 30 dez. 2017, p. 353).

³³ “Da ilicitude distingue-se conceptualmente a culpa. Esta consubstancia-se num juízo de censura sobre o comportamento do agente, que podia e devia agido de outro modo atentas as circunstâncias do caso concreto. Ao passo que na ilicitude está em causa a contrariedade da conduta lesiva a um comando legal, sendo portanto esta encarada sob um prisma objetivo, na culpa considera-se essa conduta sob o prisma subjetivo da sua reprovabilidade. A exigência da culpa como pressuposto da responsabilidade civil reflete assim uma distinta valoração da conduta lesiva, assente num critério ético-jurídico” (VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado. Volume II. Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 424).

³⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 339.

Os requisitos de tal teoria, embora adequados à sociedade agrária do momento de sua concepção, rapidamente se mostraram incompatíveis com o aumento exponencial dos danos que a Revolução Industrial e suas consequências trouxeram, especialmente após sua expansão para os demais países europeus e para os Estados Unidos da América, ao longo da segunda metade do século XIX.

A concentração da população em zonas urbanas ainda despreparadas para tão veloz crescimento e a participação pontual de cada trabalhador em uma linha de produção fabril profundamente anônima tornaram a comprovação da *faute* mera abstração teórica. Na realidade dos danos que a vida apresentava – advindos do seio das fábricas e no contexto dos novos meios de transporte –, o binômio ilicitude e culpa não poderia receber outra pecha senão a de prova diabólica.

Surge o contexto adequado para projetos de alteração da estrutura da responsabilidade civil subjetiva, com mudanças em sua fundamentação ética e sua organização analítica, na esteira das mudanças socioeconômicas alhures abordadas.

O foco da responsabilidade civil lentamente muda da apreciação da figura do ofensor – da reprovação que decorre de seu comportamento livre, porém inadequado – para a necessidade de tutelar a vítima, deslocando o foco da busca por um culpado para a identificação de um responsável.

Nesse contexto é que, a partir das lições dos irmãos Mazeaud, a culpa psicológica ou subjetiva vem a ser superada pela chamada culpa normativa ou abstrata, cuja característica repousa na utilização de um padrão normativo como critério de comparação da conduta exigível, ou seja, para fins de censurabilidade da conduta.³⁵

Em outras palavras, ao invés de perquirir sobre se o próprio sujeito ofensor podia e devia agir em observância ao dever de cuidado, em atenção às suas características pessoais – ou seja, a culpa psicológica –, o juízo de censura toma por base o comportamento que seria adotado por um sujeito ideal, não perfeito ou irrepreensível, mas sim dotado de atributos de diligência e cuidado médios.³⁶

³⁵ BANDEIRA, Paula Greco. *A evolução do conceito de culpa e o art. 944 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Civilistica.com., ano 1, n. 2, jul-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2015/02/Bandeira-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso 10-01-2018, p. 4.

³⁶ Como bem aponta Menezes Cordeiro, a culpa assim deixa de representar uma censura moral, ética, para se aproximar de uma censura normativa, da reprimenda jurídica pelo desvio de um padrão de comportamento exigível (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 467).

A superação da culpa psicológica, que em muito amplia a possibilidade de êxito da demanda reparatória, restou consignada expressamente na legislação portuguesa, extraíndo-se do artigo 487.º/2, do Código Civil, que “*a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso*”.³⁷

A culpa normativa, portanto, é aferida a partir de um paradigma de conduta edificado a partir do comportamento esperado em sociedade, em cada contexto de interação social, para um dado grupo.

Cabível, aqui, a colação das palavras de Pontes de Miranda, cuja clareza e exposição sintética justifica a longa citação, nos seguintes termos: “*na mentalidade primitiva, tudo tem o seu criador, o causador, o que fez cair (casus, causa, culpa). Só posteriormente se baixou à psique humana, em seus processos interiores, para se apurar a culpa de cada um, a respeito de cada caso. O tratarem-se diferentemente o causador culpado e o causador não culpado já atendeu a sutileza psicológica a que não chegara o direito primitivo. As sociedades mais desenvolvidas criaram tipos de homens em que a conduta seria padrão; por esse padrão haviam-se de julgar os homens concretos. A negligência é o desvio em relação ao tipo normal, abstrato, que se procurou definir em termos de referência a homens concretos*”.³⁸

O conceito de culpa normativa, atente-se, não é indene de críticas.

Todavia, no que importa à presente investigação, interessa apenas observar um constante caminhar no sentido da aplicação de critérios normativos de definição do fator subjetivo de responsabilização, instrumento essencial para adequar o instituto da responsabilidade civil à realidade prática da sociedade.

Outro caminho, entretanto, foi trilhado pela responsabilização objetiva.

1.3. O alicerce ético da responsabilidade objetiva

Muito já foi dito sobre as profundas alterações que o mundo experimentou ao longo dos últimos séculos, base fática sobre a qual se debruçaram os juristas, em busca de novos instrumentos jurídicos de acerto dos danos. Inovadoras

³⁷ Do mesmo modo, a concepção objetiva da culpa foi adotada nos Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil (VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado. Volume II. Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 672).

³⁸ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 247.

atividades representaram o surgimento de até então desconhecidas fontes de perigo, as quais se convertiam, em casos concretos, em danos mais numerosos e intrinsecamente anônimos.

Na era anterior à Revolução Industrial, os perigos eram fundamentalmente alheios ao interior da sociedade.³⁹ Alterações climáticas naturais – como secas ou inundações –, guerras, invasões de povos exteriores ou epidemias representavam a principal origem dos prejuízos.

No interior da sociedade, contexto no qual a imensa maioria das interações ocorrem, nada era mais natural do que admitir a ideia de que, ressalvados os danos oriundos de condutas culposas ou dolosas – individualmente identificáveis –, os demais prejuízos deveriam ser imputados ao infortúnio, a um *act of God*.

O desenvolvimento do modelo industrial de produção e os novos meios de transporte trouxeram para o interior da sociedade – em paralelo a inúmeros benefícios – a fonte primordial de danos, tornando imperiosa a gestão do perigo pelo ordenamento jurídico, função exercida pela responsabilidade civil, ao lado de outros instrumentos, como a regulamentação administrativa das atividades perigosas.

Não por acaso, foi exatamente nos campos da relação laboral fabril e dos transportes ferroviários que primeiramente se desenvolveu a imputação pelo risco.

Embora a era das ferrovias tenha sido iniciada e conduzida basicamente pela Inglaterra, foi na Prússia que em 1838 a regulamentação inovadora se manifestou pela primeira vez.⁴⁰ Fruto da atuação de Savigny, sobreveio regulamentação que atribuía à companhia de transporte ferroviário a responsabilidade pelos danos sofridos por pessoas e bens transportados, salvo se comprovada a culpa da vítima ou fatos externos inevitáveis (§ 25 PrEGB).⁴¹

Sob influência da mencionada legislação prussiana, diversos outros Estados da então existente Confederação Alemã, bem como a Áustria e Suíça,

³⁹ NUNES, Camila Mendes. *A responsabilidade civil pelo exercício da atividade de risco no Direito Brasileiro e Comparado*. Revista de direito do consumidor, São Paulo, v.24, n.97, jan/fev, 2015, p. 159.

⁴⁰ À época dotada de apenas 34 quilômetros de ferrovia, ligando Berlim a Potsdam.

⁴¹ “There, in 1838, a railway Statute came into force, which regulated the conditions for the state licencing of private railway companies. The Statute also contained a provision on liability (§ 25): The [railway] company is liable for all damage incurred by persons and goods during transportation by rail and by other persons and their goods, and it may only exonerate itself from such liability by proving that the damage arose from the personal fault of the injured person or through unavoidable external factors. The risky nature of railways per se shall not constitute one such factor.” (BRUEGGEMEIER, Gert. *Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the US and Russia* (December 1, 2012). EUI Working Papers Law No. 2012/29. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2201536>, p. 5).

adotaram a lógica jurídica da imputação pelo risco, em contraste com a manutenção da utilização da cláusula geral da culpa na França, por intermédio da teoria do fato da coisa.

Em 1871, logo após a unificação alemã, a previsão prussiana de responsabilidade civil objetiva relativa a acidentes ferroviários foi estendida para todo o território do Império Alemão (§ 1 RHPfIG), trazendo como únicas excusas aos danos decorrentes de ferimento ou morte de um indivíduo a comprovação de um caso fortuito ou força maior ou a culpa da vítima.⁴²

Seguindo a linha da imputação objetiva, na Alemanha, sobrevieram hipóteses de imputação pelo risco na seara de acidentes automobilísticos (1909), tráfego aéreo (1922), instalações elétricas e de gás (1943).⁴³

A proliferação de hipóteses de imputação objetiva fomentou o debate sobre a existência de um fundamento comum, uma razão jurídica, apta a legitimar tamanha quebra com o paradigma clássico, bem como a justificar sua expansão na medida do surgimento de novas atividades e tecnologias.

É estranho ao pensamento jurídico admitir a ideia de que inexistiria uma *ratio* normativa comum por trás das diferentes hipóteses de imputação objetiva, eis que assim proceder equivaleria a reconhecer a sujeição da disciplina ao mero arbítrio do legislador, sem que a ciência do Direito pudesse apontar um norte para a construção do Direito positivo.⁴⁴

A tarefa de encontrar uma justificativa comum à imputação pelo risco, entretanto, mostrou-se bastante tormentosa, não tendo ainda sido atingido – se é que algum dia será – tal desiderato.

Atente-se, em contraste, que a justificativa para a adoção de uma responsabilidade civil subjetiva apresentava-se significativamente mais simples e intuitiva. A despeito dos esforços para a depuração dogmática do conceito, fato é que a racionalidade subjacente à ideia que vincula o responsável por uma conduta negligente ao resultado danoso de seu comportamento é praticamente autoexplicativa, máxime por refletir um arraigado caldo cultural, no qual a ética religiosa e a valorização do individualismo representam papel destacado.

⁴² *Ibidem*, p. 7.

⁴³ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 445.

⁴⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista dos Tribunais, vol. 854/2006, Dez/2006, p. 18.

Imputar a quem se desvia do parâmetro de comportamento exigível as consequências danosas de seu ato afigura-se como uma ideia óbvia. Outra, porém, é a situação da imputação pelo risco, exigindo superiores esforços argumentativos.

Inicialmente, a própria análise das características comuns aos casos iniciais de responsabilidade objetiva – acidentes relacionados aos transportes, ocorridos no âmbito da relação laboral e fabril e dos novos meios de produção de energia – indiciava a linha que se devia seguir. Estavam sujeitas à imputação pelo risco atividades marcadas pelo conhecimento técnico, detentoras de uma periculosidade especial – incapaz de ser controlada pelo emprego das medidas de cuidado disponíveis –, manifestada na alta probabilidade de ocorrência do evento danoso ou na intensidade de seus efeitos.

Tal grupo de atividades recebeu o reforço do argumento relacionado à circunstância de que o responsável pela criação e/ou gestão da fonte de risco também auferia seus benefícios, o lucro decorrente da atividade econômica.

É nesse contexto, já na virada do século XIX para o século XX, que surgem as ideias do risco-proveito e do risco da atividade como novos fundamentos da responsabilidade civil, agora alheia ao paradigma da culpa. Para tanto, essenciais se mostraram os trabalhos dos franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand.⁴⁵

A teoria do risco-proveito se caracteriza por fundamentar a responsabilidade objetiva na seguinte máxima: quem incorpora os benefícios de uma determinada atividade que é fonte de riscos deve também arcar com os respectivos ônus, segundo o brocado jurídico *ubi commoda ibi incommoda*. Por outro lado, a teoria do risco da atividade se limita à identificação do responsável pela atividade de risco, pela criação ou controle do perigo, independentemente de perquirir sobre a intenção de lucro.⁴⁶

Em ambas as teorias, destaca-se o prefixo “risco”, palavra cuja origem etimológica está ligada a *risicare*, que significa ousar, termo que remete à uma postura tendente a aproveitar oportunidades de obtenção de benefícios. No entanto, o termo

⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores*. Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 351.

⁴⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 51.

“risco” é utilizado nas teorias acima não em um viés positivo, mas sim na perspectiva negativa da probabilidade de ocorrência de efeitos nefastos.⁴⁷

Na doutrina portuguesa, embora fixando a proeminência da culpa como o critério geral, Vaz Serra reconhece a existência de áreas nas quais a imputação objetiva se justifica, apontando a lógica do risco-proveito como a sustentação adequada para a imputação sem culpa nas atividades especialmente perigosas.⁴⁸

Por outro lado, tais construções foram submetidas a críticas.

Agostinho Alvim – responsável pelo anteprojeto do atual Código Civil brasileiro, no que toca ao Direito das Obrigações – discorda da possibilidade de utilizar a lógica do risco-proveito como fundamento da imputação pelo risco, sob o argumento de que – em relação às mencionadas atividades técnicas particularmente perigosas – os benefícios são auferidos não apenas pelo titular da atividade, mas por toda a sociedade. Se assim não fosse, pondera, ditos empreendimentos deveriam ser proibidos.⁴⁹ O proveito ou o controle sobre determinada atividade, portanto, seriam alicerces frágeis para o novo critério de imputação.

De fato, embora vitais no longo processo de aceitação, pela comunidade jurídica, da imputação pelo risco, as justificativas acima relatadas parecem incapazes de satisfatoriamente servir de fundamento único – verdadeiro denominador comum – das hipóteses de responsabilidade objetiva. O risco, portanto, surge como o fundamento apropriado das primeiras hipóteses de responsabilização objetiva, mas não o fundamento derradeiro.⁵⁰

Analisando não apenas as teorias do risco-proveito e do risco da atividade, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que duas correntes disputam o alicerce argumentativo da teoria da imputação pelo risco, a subjetiva e a objetiva.

Explicitando que as linhas divisórias entre ambas as posições não se apresentam claras – sendo inclusive comum o emprego de argumentos contraditórios –, aponta que os defensores da corrente subjetiva buscam uma aproximação com a ética própria da culpa, embora na maleável perspectiva de que o agente responsável

⁴⁷ FRADE, Catarina. *O direito face ao risco*. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, 2009, nº 86 (Set. 2009), p. 53.

⁴⁸ VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Fundamentos da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)*. Lisboa: [s.n.], 1959, p. 22/23.

⁴⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 295.

⁵⁰ GARCÍA, Saúl Uribe. *La responsabilidad por riesgo*. Ratio Juris, vol 1, n.1, Jul - Dez, 2004, p. 29.

é merecedor de alguma espécie de sanção.⁵¹ Consequentemente, a adoção da ideia subjetiva mantém uma velada atenção à suposta necessidade de ilicitude e censura na conduta, como requisito da imputação pelo risco.

As correntes objetivistas, que não possuem uma linha única em comum, se afastam de qualquer referência à culpa ou à censura da conduta, buscando sua justificativa em fundamentos “tais como a configuração de uma obrigação geral de segurança, a recondução a fatores de garantia, a situação de exposição a perigo, o controle ou o poder de impedir uma situação de risco propriamente dita, a equidade e até mesmo a caridade cristã”.⁵²

De fato, a fundamentação axiológica da responsabilização objetiva varia, dado serem diversas as situações sociais as quais o legislador optou por alijar da investigação da culpa. Havendo responsabilização objetiva desde a situação dos pais por danos causados por seus filhos menores⁵³, chegando a atividades econômicas de alto risco, a exemplo de instalações nucleares, é claro que a justificativa do fator de atribuição objetivo não seria única.

Solidariedade, seguridade social, garantia e igualdade de ônus públicos surgem como fundamentos.⁵⁴ Outros encontram na socialidade o eixo central de todas as hipóteses de responsabilidade objetiva.⁵⁵

Por sua vez, Menezes Cordeiro encontra duas linhas de fundamentação para a adoção da responsabilidade pelo risco: a justiça distributiva – segundo o qual “o risco deve estar associado à vantagem” – e a ilicitude imperfeita – identificada na compreensão de que a imputação dos danos independentemente da culpa serviria de estímulo ao responsável para ampliar as medidas de segurança, para além do padrão de cuidado exigível, forte na ideia de que o Direito busca evitar a ocorrência de danos.⁵⁶

⁵¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista dos Tribunais, vol. 854/2006, Dez/2006, p. 18.

⁵² *Ibidem*, p. 18.

⁵³ Art. 932, I, e 933 do Código Civil brasileiro.

⁵⁴ ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade*. Diálogos sobre Direito Civil. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 439.

⁵⁵ SOARES, Renzo Gama. *Responsabilidade civil objetiva: Pressupostos e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 44.

⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 595.

De qualquer modo, a censura, própria da culpa, torna-se apenas mais uma das fontes do dever de indenizar⁵⁷, não prosperando a ideia de que a responsabilidade objetiva seria um retorno ao primitivismo, uma espécie de vingança chancelada pelo Direito.⁵⁸

Em paralelo à busca de uma fundamentação axiológica para a responsabilização objetiva, Kenneth Abraham – ao abordar o tema com o pragmatismo típico do contexto norte-americano – elenca outras quatro justificativas para a adoção do modelo.⁵⁹

Em primeiro lugar, afirma que a desnecessidade de apreciar a conduta pessoal do agente, se ilícita e culpável, reduz significativamente o custo do julgamento, bem como o risco de erro judiciário. Sob a perspectiva da análise econômica do Direito, indica que a responsabilidade objetiva é capaz de alterar o nível de atividade do agente – a quantidade de vezes em que se engaja na conduta potencialmente danosa –, e não apenas o nível de cuidado, como o faz a responsabilidade subjetiva. Ademais, a imputação pelo risco – ao identificar claramente o responsável – facilitaria a socialização do prejuízo pela maior facilidade em obtenção de seguros e distribuição dos custos. Apenas ao final, aponta a justificativa ética própria do risco-proveito (*ubi commoda ibi incommoda*).

A explanação dos argumentos destinados a dar suporte à teoria da imputação objetiva finda por demonstrar o seu caráter fragmentário, reflexo da heterogeneidade das hipóteses de incidência da teoria, ao contrário da cláusula geral da culpa, elemento agregador de um forte significado ético e jurídico.

A linha geral que inicialmente unia os primeiros casos de responsabilidade objetiva – periculosidade anormal não dominável pelas medidas de cuidado disponíveis – foi há muito rompida. Para tanto, basta observar ser inviável qualificar como detentor de um risco especial um dos campos mais profícuos de aplicação da imputação objetiva, qual seja a responsabilidade do produtor.

Ora, a atividade de produção de bens para o mercado de consumo não é intrínseca ou anormalmente perigosa. Pelo contrário, a produção de bens destinados

⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil. Volume I*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 14.

⁵⁸ Igualmente discordando de tal crítica: SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 95.

⁵⁹ ABRAHAM, Kenneth S. *Strict Liability in Negligence* (August 15, 2011). 61 DePaul Law Review 271 (2012). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1909864>, acesso em 15 de janeiro de 2019, p. 276/283.

ao consumo no mercado é atividade ancestral, comum a qualquer agrupamento humano. Embora existam atividades, serviços e produtos perigosos, há inúmeros outros que não o são.

A imputação objetiva, portanto, não pode ser justificada apenas sob a ótica do risco, sendo necessária a flexibilidade na adoção dos fundamentos, pinçando dos fatores acima comentados aquele mais apropriado aos variados contextos de incidência da responsabilização objetiva.⁶⁰

Como dito por Dário Moura Vicente, “seja como for, é inequívoco que o fundamento ético-jurídico da imputação de danos a este título, assim como as suas funções sociais, são essencialmente diferentes dos que subjazem à responsabilidade por factos ilícitos e culposos; donde a necessidade sentida por diversos sistemas jurídicos de a sujeitar a um regime distinto desta”.⁶¹

Na fenda aberta pela teoria do risco e pela atribuição de responsabilidade objetiva às hipóteses de perigos especiais não domináveis pela técnica disponível adentrou a preocupação com o ofendido, ou seja, a mudança de perspectiva do ofensor para a vítima. Ora, a partir do momento em que se “despersonalizou” a responsabilidade – no sentido de ser indiferente se o agente atuou com culpa ou não –, tornou-se possível o afastamento da até então visceral relação entre reprovação e dever de indenizar.

De uma justificativa centrada inicialmente ainda na figura do ofensor, embora no sentido de afirmar ser ele o gestor da atividade arriscada ou o destinatário de seus lucros – risco da atividade e risco-proveito –, abriu-se espaço para uma série de novas fundamentações, que vão desde um caráter de eficiência econômica até de solidariedade social, mas sempre preocupadas com questões além do ofensor.

A própria expressão “imputação pelo risco” parece perder precisão linguística, sendo mantida mais pelo apego à linha histórica que lhe conferiu inicial sustentação, do que pela real natureza do critério de sustentação. Expressões como

⁶⁰ Sobre o tema, Guido Calabresi afirma ser essencial desfazer um equívoco comum, subjacente ao pensamento dos juristas, o de que o acidente acarreta uma relação necessária entre ofensor e ofendido, e apenas entre eles. Aponta o magistrado norte-americano que, a depender dos fins desejados em atenção à área abordada, o prejuízo pode ser imputável ao ofensor, ao ofendido ou a terceiros, na figura de entidades seguradoras (e, portanto, grupos de risco) ou da sociedade como um todo (seguridade social). (CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: analisis economico y juridico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel, 1984, p. 39)

⁶¹ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado. Volume II. Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 462.

responsabilidade objetiva, imputação de danos e dever de reparar sem culpa pedem espaço.

É essa a principal mudança ética promovida pela responsabilidade objetiva: afastar-se da busca de um culpado para centrar-se na eleição de um responsável. A própria adoção da expressão responsabilidade civil, no contexto da imputação objetiva, precisa de ressignificação, eis que sua gênese está próxima de uma censura ético-jurídica, inexistente nessa seara.⁶²

O caminho, portanto, aponta no sentido de se buscar uma solução amparada não na justiça retributiva, individual, mas sim na justiça coletiva, distributiva, com a adoção da solução que promova a ampliação dos benefícios sociais.⁶³

Para tanto, essencial conhecer a estrutura dogmática da abordagem objetiva.

1.4. Estrutura dogmática da responsabilidade objetiva: afastamento dos pressupostos delituais clássicos

O afastamento da culpa como filtro único da responsabilidade civil implicou na necessidade de construção de uma nova estrutura teórica para a imputação pelo risco. Conforme mencionado alhures, em que pese a existência de construções alternativas, mais sintéticas, tradicionalmente a responsabilidade delitual exige a comprovação de cinco elementos, quais sejam o fato, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo causal.

A decomposição analítica dos elementos da responsabilidade civil delitual, sob o parâmetro subjetivo, bem reflete seus valores subjacentes.

Na medida em que o ofensor responde pelo mau uso de sua liberdade, pelo desvio reprovável do padrão de conduta exigível, é essencial que o reconhecimento jurídico da responsabilidade subjetiva dependa da análise de uma pluralidade de elementos.

Por outro lado, igualmente a distribuição processual do ônus da prova a respeito de tais requisitos reflete uma pauta axiológica. Se o ser humano é

⁶² JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 36.

⁶³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

inerentemente racional – pois é a própria capacidade de se autodeterminar a qualidade que lhe confere especial dignidade⁶⁴ –, compete àquele que imputa responsabilidade a outrem afastar a expectativa de que a ação humana obedecerá à razão, ao comportamento esperado.

Não é esta, porém, a situação da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade pelo risco não comunga com a responsabilidade subjetiva os pressupostos tradicionais, de sorte que não é mais adequado afirmar serem os cinco elementos acima citados os requisitos da responsabilidade civil enquanto gênero, mas sim apenas de uma de suas espécies.

Ao contrário, no que toca à dogmática, a responsabilidade objetiva centra suas atenções na existência de um dano e na relação entre tal dano e uma determinada atividade ou comportamento, a partir de um juízo sobre o âmbito de potenciais prejuízos relacionados com o espaço de incidência da regra de responsabilização objetiva.⁶⁵ Nas palavras de Menezes Leitão, “o risco consiste num outro título de imputação de danos, que se baseia na delimitação de uma certa esfera de riscos pela qual deve responder outrem que não o lesado”.⁶⁶

Objeto do capítulo seguinte, a tarefa de construir a ponte entre a esfera de riscos atrelada à atividade albergada pela regra de responsabilização objetiva e o dano concretamente experimentado é confiada ao nexo de causalidade.

Entretanto, antes de avançar na construção de um renovado nexo de causalidade, cabe fixar os contornos do fator de atribuição objetivo.

⁶⁴ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sales, “*É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana. (...) Assim, poder-se-á afirmar – apenas para não deixar intocado este ponto – que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana – encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade (não é à toa que Blaise Pascal, já em meados do século XVII, chegou a afirmar que “não é do espaço que devo procurar minha dignidade, mas da ordenação do meu pensamento”)* ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 13.16).

⁶⁵ ARNT RAMOS, A. L. . *A Responsabilidade Civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade*. Revista Forum de Direito Civil, v. 10, 2015, p. 17.

⁶⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 360.

Compreende-se fator de atribuição como o fundamento, a razão jurídica, para imputar a alguém o dever de indenizar.⁶⁷ Embora ainda pouco utilizada no Brasil, a utilização da expressão fator de atribuição como o gênero dentro do qual convivem as espécies subjetiva – com a culpa – e objetiva – como visto, não apenas com o risco, mas também com a garantia, a equidade, a solidariedade, a equânime distribuição dos riscos públicos, dentre outros – possui longa tradição em outros países de orientação romano-germânica.⁶⁸

Afirmar a existência de uma categoria geral – no interior da qual as duas espécies surgem em pé de igualdade – é essencial para afastar a prejudicial compreensão de que a responsabilidade objetiva seria uma espécie de apêndice da responsabilidade subjetiva. Simplesmente uma responsabilidade civil subjetiva sem um dos pressupostos: a culpa.⁶⁹

Na realidade, a responsabilização objetiva é algo novo, singular em seus requisitos.

Portanto, é essencial reconhecer que, embora na maior parte dos ordenamentos jurídicos inexistam uma cláusula geral de responsabilização objetiva – mas apenas sua versão subjetiva –, não se pode falar ser a última espécie a regra do ordenamento jurídico. Isso porque, ao invés de uma classificação de regra e exceção, a verdadeira relação entre as diferentes modalidades do dever de indenizar é de repartição de espaços, de definição de áreas da atuação humana que serão disciplinadas ora pela responsabilização objetiva, ora pela responsabilização subjetiva.

Afirmando-se em sua identidade – com suporte em adequado alicerce ético –, o fator de atribuição objetivo passa a ser enxergado na perspectiva correta: não

⁶⁷ ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade*. Diálogos sobre Direito Civil. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 436.

⁶⁸ André Fontes aponta que, desde 1971, a 5ª Jornada de Direito Civil argentino já afirmava a existência da categoria fatores de atribuição (FONTES, André. *Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos*. Revista da EMERJ, v. 2, n.5, 1999, p. 207).

⁶⁹ Como exemplo, colhe-se na doutrina brasileira a classificação da responsabilidade civil quanto à culpa – o que já pressupõe ser a culpa um critério geral, e não uma das possíveis razões para justificar a obrigação de indenizar –, na qual a responsabilidade objetiva é apresentada como uma exceção à suposta regra geral do ônus de demonstração da culpa. Ou seja, nada mais do que uma responsabilidade subjetiva com um ônus a menos (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 2.ed. São Paulo: Método, 2012, p. 476). No mesmo sentido, define-se a responsabilidade objetiva como a responsabilidade civil que independe da culpa, mais uma vez erigindo implicitamente o elemento culpa ao patamar de gênero (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão E-pub, posição 105).

apenas como uma responsabilidade civil sem culpa, mas sim como uma responsabilidade civil em que a discussão sobre a preterição censurável do dever de cuidado não tem lugar, exista, ou não, tal vício no comportamento da vida real.⁷⁰

Não por acaso, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro prescreve que “haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. A utilização do advérbio é precisa: a responsabilidade não surge na falta da culpa, mas sim nas situações ali previstas, abstraindo-se a presença ou a ausência do elemento subjetivo.

A diferença é sutil, mas importante: na vida real, nada impede que um produtor de bens de consumo descumpra as exigências regulamentares e negligencie dolosamente com os padrões mínimos de cautela envolvidos em sua atividade, agindo de forma ilícita e culposa, com o intento, por exemplo, de reduzir os custos de produção e obter uma vantagem competitiva frente a seus pares.

Todavia, na apreciação jurídica do evento – como sói ocorrer com qualquer evento juridicamente relevante –, é a norma que seleciona as parcelas do mundo real que possuem relevância para servir de elementos na construção da solução. No caso da imputação pelo risco, ao menos no que toca ao surgimento da obrigação de indenizar, as facetas do evento real relacionados à concreta observância da regra de cuidado exigível e à censura sobre a conduta do ofensor são simplesmente indiferentes, não integrando a apreciação dos envolvidos no litígio judicial.

Essa nova abordagem demanda uma diferenciada estrutura dogmática, na qual convivem os seguintes elementos: a existência de uma situação albergada, por opção do legislador, sob o influxo do fator de atribuição objetivo; o dano ao bem juridicamente protegido e o nexo de causalidade, como elemento central capaz de estabelecer o diálogo, o liame, entre os dois primeiros requisitos, fundamentando o dever de indenizar.⁷¹

⁷⁰ STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos*. Revista dos Tribunais, vol. 731/1996, Set, 1996, p. 86.

⁷¹ “No que respeita à chamada responsabilidade objectiva, observemos ainda que ela é mais que responsabilidade sem culpa. É uma responsabilidade sem ilícito e, mais radicalmente, é até uma responsabilidade sem acção. Na origem dos prejuízos a reparar está com frequência um mero facto. Que haja ou não uma acção é juridicamente irrelevante.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 22)

Retorne-se, portanto, à definição dos contornos do fator de atribuição objetivo.

Importante, desde logo, afastar qualquer relação entre as manifestações iniciais da responsabilidade civil em Roma, anteriores às abstrações relacionadas à culpa, e a responsabilidade civil objetiva moderna.

Tal pecha de retrocesso, de retorno a uma construção jurídica de menor complexidade e abstração, não poucas vezes foi imputada à responsabilidade civil objetiva. Conforme aponta o italiano Eduardo Bennuci, a imputação pelo risco era considerada “uma regressão às formas mais primitivas do direito, na direção de estágios mais atrasados de desenvolvimento da sensibilidade jurídica”.⁷²

A crítica, porém, carece de sustentação.

A responsabilidade civil romana amparava-se em uma noção de causalidade naturalística, própria de um contexto no qual os tipos delituais disciplinavam fundamentalmente lesões diretas e imediatas a um determinado bem jurídico. A constatação fática de tal nexó desencadeava uma reação mais propriamente compreendida como uma vingança sobre o instrumento do dano do que com a imputação de um dever de reparar a um determinado responsável.⁷³

A responsabilidade civil objetiva moderna em nada se assemelha à ideia de vingança, nem tampouco a uma causalidade meramente naturalística.

Ao contrário, sua pretensão é se afastar da noção de reprovação, a partir de um vínculo abstrato que une um responsável por reparar a danos relacionados a uma determinada esfera potencial de prejuízos, tipicamente identificados pelo legislador ou, na hipótese de uma cláusula geral de imputação pelo risco, reconhecidas pelo magistrado a partir da identificação dos riscos inerentes.

A responsabilidade objetiva, portanto, representa uma alteração completa dos tradicionais pressupostos dogmáticos da responsabilidade civil.

Examinada analiticamente, a responsabilidade objetiva não exige o cotejo entre a conduta do potencialmente obrigado a indenizar e os dois parâmetros centrais da responsabilidade subjetiva, a ilicitude e a culpa.

⁷² BENNUCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad civil*. Tradução de Juan V. Fuentes e José Peré Raluy. Barcelona: Jose M^a. Bosch, 1958, p. 31.

⁷³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 238.

De um lado, é indiferente a licitude da atividade ou do comportamento, ou seja, a conformidade com a ordem jurídica, pois não está em causa a observância do dever de cuidado, o nível exigível de cautela. De outro, para além da antijuridicidade, é igualmente alheio um juízo de reprovação sobre o evento gerador do prejuízo. Não importa se o responsável poderia conhecer o comportamento esperado, alterando seu comportamento, e muito menos se dolosamente pretendia causar o dano.

Ademais, mesmo quando aparentemente compartilha com os pressupostos da imputação subjetiva, a mudança de perspectiva para a imputação pelo risco altera a compreensão tradicional dos institutos.

Exemplo eloquente está na colocação do fato como requisito da responsabilização.

Na tradição delitual clássica, o fato é compreendido a partir da ideia de comportamento livre, passivo ou ativo, do sujeito. Na responsabilidade pelo risco, o fato gerador do dever de indenizar não precisa necessariamente advir da conduta do imputável, mas sim de um evento inserido em um determinado âmbito, sobre o qual responde o sujeito. Dito evento poderá, inclusive, ser um fato da natureza, desde que integrado à zona de riscos do potencial responsável.

Sobre o tema, observa Antunes Varela: “na responsabilidade pelo risco, o dano indenizável tanto pode provir de facto praticado pela pessoa do responsável, como de facto praticado por terceiro, de factos naturais ou até de factos do próprio lesado (acidente de trabalho causado pelo operário, sem culpa grave). A responsabilidade baseada em factos ilícitos, pelo contrário, assenta sempre, no todo ou em parte, sobre um facto da pessoa obrigada a indemnizar”.⁷⁴

A possibilidade de responsabilidade civil por danos relacionados à exploração de usinas nucleares, por exemplo, não admite no Brasil a invocação da intervenção de um fato da natureza como fator excludente do dever de indenizar, salvo se considerado excepcional, a demonstrar que o fato não mais se confunde com o comportamento.⁷⁵

Exposta a independência da responsabilização objetiva e seus requisitos próprios – comportamento ou atividade submetida ao fator de atribuição objetivo, dano

⁷⁴ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 517.

⁷⁵ A Lei n. 6.453/77 dispõe: “Art. 8º - O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.”

e nexos de causalidade –, passa-se ao exame da casuística, especificamente ao panorama geral de sua acolhida no ordenamento jurídico português.

1.5. Responsabilidade objetiva em Portugal

No ordenamento jurídico português, inexistente uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva. Pelo contrário, a taxatividade legal das hipóteses de afastamento da responsabilidade por fatos ilícitos é expressamente consignada no art. 483º/2, sendo o âmbito de aplicação da responsabilidade objetiva delimitado, no seio da legislação geral, pelos artigos 499º e seguintes do Código Civil, a seguir abordados.

As hipóteses ali disciplinadas bem refletem o momento prévio à clivagem experimentada pelo processo contínuo de evolução e alargamento da responsabilidade objetiva, consubstanciando hipóteses de atividades com riscos específicos, não inteiramente domináveis pelo ser humano, independentemente do emprego do cuidado devido.

Para situações tais, a doutrina cunhou a classificação entre os casos de responsabilidade objetiva delimitada – exatamente hipóteses como a posse de animais, o uso de automóveis e a distribuição de energia – e a responsabilidade objetiva *lato sensu*.

No primeiro caso, parte-se de um “determinado risco (decorrente do automóvel, da energia, do animal), ao qual o legislador acoplava um certo regime de responsabilidade, baseado numa estrita causalidade relativamente a um perigo reconhecido e caracterizado pelo facto de a sua dimensão se adequar à causa da responsabilidade. A lesão e os danos tinham de se revelar como concretização do perigo que serviu de fundamento à consagração do respectivo regime de responsabilidade objetiva (...)”.⁷⁶ São esses os casos previstos no seio do Código Civil.

Por outro lado, na responsabilidade objetiva *lato sensu*, “se verifica que as causas da responsabilidade objetiva apenas servem de motivo para o legislador, não podendo ser qualificadas como nexos de imputação de responsabilidade”.⁷⁷ Inexiste

⁷⁶ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 452.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 453.

aqui um risco específico, perceptível automaticamente como elemento inerente ao fator eleito como critério de aplicação da norma objetiva, o que torna ainda mais importante a existência de critérios claros de causalidade. São esses os casos da legislação extraordinária, em especial a responsabilidade do produtor, bem como a responsabilidade do comitente (art. 500º do Código Civil).

Dito isso, avança-se para o exame da casuística, com o escopo de apresentar um apanhado geral das hipóteses legais de aplicação da responsabilidade civil pelo risco, dentro e fora do Código Civil.

1.5.1. A responsabilidade do comitente

A primeira previsão da Subseção II, denominada “Da responsabilidade pelo risco”, diz respeito à responsabilidade do comitente, cujo art. 500º/1 dispõe que “Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indenizar”.

Cuida-se de previsão que espelha uma longa tradição jurídica, remontando à disciplina romana da responsabilidade pelo proprietário do escravo pelos danos por ele praticados⁷⁸, mas que encontra na atualidade um renovado sentido diante da dinâmica moderna das relações sociais, na qual é raro o exercício pessoal de atividades – de cunho econômico ou não –, sendo mais comum a atribuição de tarefas a terceiros, valendo-se o interessado de interpostas pessoas para a consecução de seus projetos.

No campo específico da atividade econômica, há ainda a relevante constatação de que, na prática, aquele que desempenha concretamente a atividade comumente não possui a mesma capacidade econômica para fazer frente a eventuais obrigações de reparação civil. De fato, para falar de uma das hipóteses de aplicação do dispositivo, o porte patrimonial do empregado assalariado não costuma ser equivalente ao que dispõe o empregador, razão pela qual a previsão legal encontra alicerce também na garantia de solvência do lesante, em proteção ao lesado.⁷⁹

⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 602.

⁷⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 361.

Dito isso, há de se deixar claro que, ao encerrar um longo processo de evolução e distanciamento do paradigma clássico – que encontrou na presunção de culpa do comitente (culpa *in eligendo*) sua manifestação concreta –, a responsabilidade que aqui se comenta é, por escolha clara do legislador português, objetiva. Portanto, para fins de atribuição do dever de indenizar, são indiferentes considerações envolvendo a análise da diligência do comitente na escolha do comissário, bem como do emprego da vigilância, ou não, sobre o exercício da tarefa que culminou no dano.⁸⁰

Abrindo-se um breve paralelo com o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que o Código Civil de 1916 trazia redação expressamente filiada à tradição delitual, ao prescrever a responsabilidade do “patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles”, mas desde que restasse provado – em ônus imputável ao lesado – “que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte” (artigos 1.521, III, e 1.523).

A despeito da literalidade da previsão, doutrina e jurisprudência brasileiras interpretaram amplamente o preceito para permitir a aplicação da responsabilidade civil.

Consta da Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal brasileiro, competente à época para conhecer não apenas de questões constitucionais, mas também da uniformização da legislação infraconstitucional, publicada em 1963, ser “presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Tal previsão claramente vai de encontro à literalidade do então vigente artigo 1.523 do Código Civil, acima citado.

A leitura das razões que fundamentaram a mencionada súmula⁸¹ evidencia a pouca relevância da letra da lei, sendo o objetivo central da Corte construir um instrumento jurídico adequado à solução de questões cada vez mais representativas na dinâmica dos danos sociais. Buscava-se facilitar, mesmo ao arrepio da norma, o surgimento da obrigação de indenizar sobre aquele que organizava a fonte de perigo, ou seja, o empregador.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 361.

⁸¹ Vide, como exemplos, os seguintes recursos: RE 51875, de 17/12/1962; RE 41661, de 26/04/1962 e RE 48421, de 09/11/1961.

O instrumento jurídico para tanto residiu na presunção de culpa, por meio da invocação da ideia de culpa *in elegendo* e culpa *in vigilando*. Manteve-se, assim, formalmente a imputação delitual, subjetiva, embora na prática submetida à presunção de culpa praticamente inescapável.⁸²

A construção jurisprudencial por uma presunção de culpa do “patrão ou comitente”, presunção na prática inescapável, findou por refletir a opção do Código Civil de 2002 pela aceitação direta da responsabilidade civil objetiva (art. 932, II, e 933).

Retornando ao ordenamento português, observa-se semelhante trajetória.

Enquanto o Código Seabra garantia uma solidariedade passiva entre os “creados de servir, ou por quaisquer pessoas encarregadas de certos serviços ou comissões, no desempenho dos dictos serviços ou comissões” e seus “amos ou committentes” (art. 2.380º), os trabalhos preparatórios para a elaboração do Código Civil de 1966 encontraram nos estudos da Vaz Serra posição a favor da manutenção do paradigma da culpa, embora presumida, até a derradeira opção pela responsabilidade civil pelo risco, na esteira do pensamento de Antunes Varela.⁸³

Há, todavia, de compreender os requisitos para a aplicação do dispositivo.

De início, a doutrina é pacífica no sentido de que a menção da lei ao comitente não limita a aplicação do instituto à figura do art. 266º do Código Comercial, merecendo a expressão uma interpretação larga⁸⁴, necessariamente abrangendo a

⁸² LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. Ver. e atual. Pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 110.

⁸³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 605/607. Cabe destacar que o autor encontra na ilicitude imperfeita a natureza jurídica do instituto, ao defender que o legislador pretende instituir um modo indireto de conduzir o comportamento diligente do comitente (p. 619). Entretanto, discordando da posição, cabe mencionar que a adoção da responsabilidade civil objetiva não afasta, no mundo real, a existência de um ponto ótimo de cautela. Apenas afasta a discussão de tal ponto da definição jurídica do dever de indenizar – imputando, na prática, ao próprio responsável a identificação do ponto ótimo de cautela, cuja adoção minimizará seus custos –, razão pela qual a intenção do legislador em promover a redução dos danos não altera a natureza jurídica do instituto, que continua sendo responsabilidade civil objetiva (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law*. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 251, p. 3. Disponível em: http://lsr.nellco.org/harvard_olin/251. Acesso em 15 de abril de 2018).

⁸⁴ De igual modo, no Brasil, a expressão legal “empregador ou comitente” é interpretada de modo amplo, admitindo-se vínculos informais que não se adéquam ao contrato de emprego (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil. Volume 3*. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 618).

liberdade negocial na designação do comissário – pois de relação legal ou gestão de negócios não se trata –, a quem se atribui uma tarefa ou atuação.⁸⁵

O comissário, independentemente da forma de atribuição da tarefa – seja um contratou ou uma declaração unilateral de vontade –, deve atuar no interesse e por conta do comitente, “suportando ele [o comitente] as despesas e os ganhos dessa actividade”⁸⁶, sendo desnecessária a subordinação do comissário em face do comitente.

Prosseguindo, se a responsabilidade do comitente decorre da livre designação de comissário para agir em sua conta, surge relevante a discussão sobre os limites dentro dos quais surge a responsabilidade. Em outras palavras, os danos decorrentes de que tipo de atividade praticada pelo comissário alcançam o comitente, na medida em que o art. 500º/2 determina que a responsabilidade “só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário (...) no exercício da função que lhe foi confiada”?

A resposta à indagação acima passa pela definição sobre se há necessidade de um nexo funcional entre o dano e a comissão, de forma a exigir que o dano ocorra em razão da atividade confiada ao comissário, ou se basta seja o dano praticado no exercício da função.

Em apoio à segunda solução, surge não apenas a teleologia do dispositivo – que procura atrelar o comitente ao resultado do comportamento do comissário enquanto atuando como *longa manus* do comitente, em atenção ao princípio da aparência⁸⁷ –, mas também a letra da lei, ao afirmar que a responsabilidade abrange atos praticados “ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele” (art. 500º/2).

Ora, caso apenas os atos praticados em razão da função fossem aptos a justificar a aplicação da regra de responsabilidade objetiva, não haveria sentido na previsão legal acima.

O ato do comissário praticado no exercício da função deve ainda ser, ele mesmo, fundamento da obrigação de indenizar, pois a lei exige “que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar” (art. 500º/1). A previsão acima busca garantir harmonia ao sistema de responsabilidade civil, pois, embora o comitente responda

⁸⁵ *Ibidem*, p. 607.

⁸⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 363.

⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil. Volume 3*. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 624.

objetivamente, permanece necessário que a lesão ao bem juridicamente protegido do lesado – decorrente do comportamento do comitente – corresponda a um ato capaz de sustentar a obrigação de indenizar, e não a um mero prejuízo.

Discute-se, todavia, se o fundamento da responsabilidade do comissário limitar-se-ia à responsabilidade delitual – com a necessidade de haver um ilícito culposo – ou também permitiria fosse o título de imputação do comissário também objetivo.⁸⁸

De fato, a primeira posição merece acolhida, não apenas pela menção à presença de culpa *também* da parte comitente, constante do art. 500º/3, mas ainda pelo fato de que as hipóteses de responsabilidade pelo risco estão comumente atreladas à ideia de *ubi commodum ibi incommodum*, incompatível com o fato de o comissário atuar no interesse do comitente.⁸⁹

Aproximando a questão ao ponto fulcral da presente investigação, o conjunto de elementos acima definidos – existência de uma relação de comissão, prática de atos no exercício da função e caracterização do comportamento do comissário como fonte do dever de indenizar, seja na modalidade subjetiva ou objetiva – exige ainda uma relação de causalidade com o dano concretamente experimentado.

Evitando-se antecipar as provocações que serão expostas ao longo do texto, não basta que o exercício da comissão participe apenas do contexto no qual o dano se verificou, meramente integrando a tempo e o local do evento danoso.⁹⁰ É necessário que o exercício da função crie ou amplie o risco de lesão ao bem jurídico, concretamente manifestada no dano, para além do risco geral da vida.

Rejeita-se, por exemplo, posições no sentido de que o simples fato de a pessoa jurídica empregadora disponibilizar ao empregado um veículo automotor, para uso tanto no trabalho quanto nos momentos de lazer, atribui ao empregador o dever de ressarcir eventuais danos ocorridos na última hipótese⁹¹, pois a oferta do veículo

⁸⁸ Em defesa da primeira posição: VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 644. Em defesa da segunda posição: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 613.

⁸⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 366.

⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 614.

⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil. Volume 3*. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 628.

apenas participa da reconstrução do evento sob um critério naturalístico, e não normativo.⁹²

Por fim, o art. 500º/3 do Código Civil prevê que o comitente, uma vez satisfeita a obrigação de indenizar, possui direito de regresso em face do comissário, salvo se agiu com culpa, hipótese na qual incide a solidariedade do art. 497º/2.

Não se trata, aqui, do instituto da sub-rogação, pois o comitente, ao adimplir a prestação, promove o adimplemento de obrigação própria, mas sim de direito de reembolso diante do comissário.

De fato, embora haja um evidente fim político de facilitar o adimplemento da dívida por parte do sujeito comumente dotado do maior patrimônio, sendo a garantia um robusto fundamento da disciplina⁹³, juridicamente, a obrigação do comitente é própria.⁹⁴

1.5.2. A responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas por atos de gestão privada

O art. 501º do Código Civil dispõe que “o Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários”. Cuida-se fundamentalmente de uma regra de remissão, que aproveita o conjunto de discussões anteriormente construídas no exame do art. 500º para disciplinar a responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas.⁹⁵

⁹² Prosseguindo com a provocação, atente-se que grande parte dos danos causados atualmente decorre de interações no contexto da internet, sendo igualmente certo ser comum que o empregador disponibilize ao empregado instrumentos como um notebook ou um celular. O empregador que oferta um computador ao empregado, o qual naturalmente o utiliza também para fins pessoais, responderia por eventual ofensa praticada por intermédio do dispositivo? A resposta não poderia ser outra senão a negativa.

⁹³ Como afirma a doutrina, “a nota mais característica da situação do comitente é a sua posição de garante da indemnização perante o terceiro lesado, e não a oneração do seu patrimônio com um encargo definitivo” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 646).

⁹⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 618.

⁹⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 366.

Todavia, há ainda particularidades merecedoras de análise.

De início, não se pode ignorar ser longa a trajetória histórica do tratamento da responsabilidade civil do Estado.

A predominância da lógica da irresponsabilidade estatal – fruto de um amplo conjunto de questões, a envolver o modelo de Estado de Polícia e as concepções teocráticas da origem do poder⁹⁶ –, manifestada no brocado *the king can do no wrong*, restou superada a reboque do crescente incremento da atuação estatal, em diversas áreas do convívio social, tornando-se paulatinamente mais complexa e, consequentemente, mais suscetível de causar danos.⁹⁷ Nesse contexto, a adequada repartição dos encargos entre os cidadãos, como corolário também do princípio da igualdade, serviu igualmente de suporte para o alijamento da ideia de irresponsabilidade.

Mas como sói ocorrer com mudanças paradigmáticas, a transposição de tais ideias para o corpo legislativo foi longa e tortuosa, como se observa do histórico legislativo português sobre o assunto.

A irresponsabilidade estatal persistia como a regra geral até a Constituição de 1822, oportunidade na qual sobreveio a previsão de responsabilidade pessoal dos empregados públicos, ao dispor que “Todos os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos erros de ofício e abusos de poder, na conformidade da Constituição e da Lei” (título I, art. 14), inexistindo, todavia, previsão de responsabilidade própria do Estado.

O Código Seabra disciplinou o tema na esfera infraconstitucional, cingindo a responsabilidade pessoal dos empregados públicos às situações em que “se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei” (art. 2399º). Ou seja, a norma exigia a prática de um ato ilícito e culposo por parte do empregado, o qual seria pessoalmente responsável.⁹⁸

A imputação dos danos ao Estado e às demais pessoas coletivas, aos quais vinculados os órgãos, agentes ou funcionários, somente surgiria com o

⁹⁶ BARRA, Tiago Viana. *A responsabilidade civil administrativa do Estado*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.71, n.1 (Jan.-Mar. 2011), p.124/126.

⁹⁷ MESQUITA, Maria José Rangel de. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Coord. Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 1995, p. 52.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 57.

superveniente Decreto-lei n.º 19126, de 16 de Dezembro de 1930, responsável pela inclusão, no texto do art. 2399º acima, do vínculo de solidariedade passiva.

Décadas depois, no contexto da preparação do atual Código Civil de 1966, o interesse em apartar do regramento civil as matérias de interesse público-administrativo alicerçou a utilização da ideia de gestão privada/pública como critério distintivo do trato do tema, limitando a legislação civil à primeira hipótese.⁹⁹ Retorna-se, agora, à citação inaugural do presente capítulo, ao art. 501º do Código, o qual remete os danos causados por “órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada” à disciplina da responsabilidade do comitente.

Resta, porém, definir o que vem a ser atos de gestão privada.

De acordo com a doutrina pacífica, “por actividades de gestão privada deve entender-se toda a actuação do Estado e demais pessoas colectivas públicas que se regula pelo direito privado”.¹⁰⁰ Não se pode, todavia, ignorar tratar-se o regime jurídico de um critério movediço, pois a distinção entre direito público e privado flutua historicamente.¹⁰¹

Parece mais preciso, portanto, encontrar no próprio ato gerador do dano o parâmetro de distinção, especificamente na presença ou na ausência do poder de autoridade, do *ius imperii*¹⁰², sendo o regime jurídico dele decorrência.

Por outro lado, quando diante de um ato de gestão pública, a responsabilidade da Administração obedecerá aos ditames da Lei n. 67, de 31 de Dezembro de 2007, seja no exercício da função administrativa, político-legislativa ou jurisdicional, cujo estudo desborda dos limites do presente trabalho.

Retornando ao preceito do Código Civil, havendo ato de gestão privada, caberá primeiramente identificar a incidência do fator de atribuição do dever de indenizar diretamente sobre o titular do órgão, agente ou representante, no ato praticado no exercício da função, situação na qual o Estado ou pessoa coletiva a ele

⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 633.

¹⁰⁰ MESQUITA, Maria José Rangel de. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Coord. Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 1995, p. 63.

¹⁰¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 635.

¹⁰² LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 367.

vinculado responderá objetivamente, sem prejuízo do eventual direito de regresso, nos moldes do art. 500º/3.¹⁰³

1.5.3. Danos causados por animais

O art. 502º do Código Civil disciplina os danos causados por animais, prescrevendo o seguinte: “Quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização”.

O emprego de animais acompanha a espécie humana há milênios, seja como força motriz, seja – especialmente nos dias atuais – como companhia doméstica¹⁰⁴, situação que sempre envolveu um potencial risco de danos, dada a presença de algum grau de imprevisibilidade como elemento inerente ao uso de animais irracionais, de forma a ser longínquo o tratamento jurídico do tema.¹⁰⁵

No Direito português, o Código Seabra trazia uma presunção de culpa do proprietário do animal, ao dispor que “aquelle, cujos animaes ou outras cousas suas, prejudicarem a outrem, será responsável pela satisfação do prejuízo, excepto provando-se que não houve da sua parte culpa ou negligência” (art. 2394º).

Abrindo-se um paralelo com a realidade brasileira, o art. 1.527 do Código Civil de 1916 igualmente estabelecia que “o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I. Que o guardava e vigiava com o cuidado

¹⁰³ Cabe consignar que a disciplina do tema no ordenamento jurídico brasileiro é sensivelmente diversa do regime português – e, diga-se de passagem, mais tortuosa –, eis que a responsabilidade civil estatal é sempre considerada objetiva, com base no art. 37, § 6º, da Constituição. Dentre as distinções, merece destaque o fato de o Supremo Tribunal Federal brasileiro, albergando a chamada doutrina da dupla garantia, impede seja o funcionário público diretamente demandado pelo cidadão lesado. Exige-se que o cidadão litigue contra o Estado diretamente, competindo ao último, em via de regresso, buscar o ressarcimento contra o funcionário que tenha agido culposamente. Restou assim consignada a tese: “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (RE 1.027.633).

¹⁰⁴ Como curiosidade, o Censo oficial brasileiro de 2010 identificou que 44,3% dos domicílios possuíam um cachorro e 17,7% possuíam um gato ao menos (<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?id=1&idnoticia=2902&view=noticia>).

¹⁰⁵ Menezes Cordeiro aponta a disciplina existente na Lei das XII Tábuas, inclusive com a alternativa conferida ao proprietário de reparar o dano ou entregar o animal, solução futuramente questionado pelo comum descompasso entre o valor do animal e a magnitude do dano (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 653).

preciso. II. Que o animal foi provocado por outro. III. Que houve imprudência do ofendido. IV. Que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior”.

Portanto, permitia a literalidade da norma tanto a demonstração da ausência de culpa quanto a alegação de uma excludente de nexo de causalidade, embora a jurisprudência adotasse uma postura restritiva, praticamente equiparando a disciplina da responsabilidade pelo risco, como findou por constar do Código Civil brasileiro de 2002.¹⁰⁶

Retornando ao ordenamento luso, o Código Civil português de 1966 trouxe uma disciplina combinada, com a previsão de responsabilidade por fato ilícito no art. 493º/1 – cingido à hipótese daquele que “tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais” – e pelo risco no art. 502º.

Segundo a doutrina de Antunes Varella, compreendendo a distinção a partir da ideia de proveito no uso do animal, “o artigo 493º refere-se às pessoas que assumiram o encargo da vigilância (o depositário, o mandatário, o guardador, o tratador, o interessado na compra que experimenta o animal, etc.), enquanto o disposto no artigo 502º é aplicável aos que utilizam os animais no seu próprio interesse (o proprietário, o usufrutuário, o possuidor, o locador, o comodatário, etc.)”¹⁰⁷ No caso específico do locador, cabe atentar que a posse direta exercida pelo locatário não afasta o emprego do animal no interesse do primeiro, pois é remunerado para tanto.¹⁰⁸

Na hipótese do art. 493º/1, o Código estabelece uma presunção de culpa *in vigilando*, mas permite ao potencial lesante demonstrar que não houve culpa de sua parte ou, admitindo a exceção do comportamento lícito alternativo, que o dano ocorreria mesmo se o nível de diligência exigível tivesse sido empregado.

Já o art. 502º representa típica hipótese de responsabilidade pelo risco, razão pela qual descabe discutir se aquele que utiliza o animal no próprio interesse adotou, ou não, os padrões de cuidado adequados, respondendo mesmo que haja caso fortuito ou provocação de terceiro¹⁰⁹, desde que “os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização”.

¹⁰⁶ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

¹⁰⁷ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 652.

¹⁰⁸ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I.* 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 368.

¹⁰⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII.* 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 657.

A expressão legal acima tem particular relevo no contexto do presente estudo, pois dialoga diretamente com a delimitação do nexo de causalidade.

Como bem colocado por Rui Ataíde, em passagem cuja clareza permite sua invocação também no estudo da responsabilidade objetiva, “na causalidade se pergunta se aquilo que aconteceu deve ser imputado àquilo que o agente fez, sendo certo que só nos delitos de lesão existe coincidência entre aquilo que se fez e aquilo que aconteceu, ao passo que nos delitos de perigo a lesão está para além do comportamento perigoso, sendo por isso curial um critério jurídico que permita imputar o efeito lesivo ao comportamento”.

O mencionado critério jurídico, no caso, foi eleito pelo próprio legislador, qual seja a identificação de perigos especiais atrelados à utilização do animal, sendo essa a característica que inclui o caso dentre as hipóteses de responsabilidade objetiva delimitada.

Para a caracterização do perigo especial não se exige que o perigo seja exclusivo, típico, de uma determinada espécie animal, podendo ser comum a diversos animais, desde que inerente à utilização daquele tipo de animais. De fato, os perigos especiais de um animal doméstico não são os mesmos de animais de carga. Como exemplo, embora tanto um rebanho de bovinos quanto de caprinos possa provocar acidentes de viação, caso transposta a vedação que o separa da estrada, trata-se em ambos os casos de um perigo especial, próprio da utilização de tais animais.

Por outro lado, são excluídos do conceito de danos atrelados ao perigo especial do animal as hipóteses nas quais o animal apenas circunstancialmente participou da produção do dano, pois o resultado “poderia ter sido provocado por qualquer outra coisa”, a exemplo da situação na qual o “cão é atirado contra uma pessoa como um instrumento de arremesso”¹¹⁰ ou ainda na inusitada situação em que o animal pisou em uma arma carregada, disparando-a e causando graves danos físicos.¹¹¹

¹¹⁰ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 654.

¹¹¹ “Ora, de acordo com a parte não recorrida da sentença, o acidente ficou a dever-se, em parte, à conduta do EE, ao colocar a arma no chão carregada com um cartucho, sem a abrir e descarregar. Daqui não se pode deixar de concluir que o acidente de ficou a dever, não ao perigo especial que representava a utilização do cão pelo EE, mas sim e tão só à conduta de terceiro, ou seja, do dono da arma.” (Ac. STJ 23/4/2009 [Oliveira Vasconcelos], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2c9e2a1c0c5770c7802575a2004b4eba?OpenDocument>).

Por fim, em paralelo à existência de disciplinas diversas nos artigos 493º/1 e 502º do Código Civil, nada impede a concomitante incidência dos dispositivos, hipótese em que haverá solidariedade passiva entre o responsável pela vigilância do animal e aquele que o utiliza em proveito próprio.¹¹²

1.5.4. Danos causados por veículos

1.5.4.1 Veículos de circulação terrestre

Os artigos 503º a 508º disciplinam o relevante tema dos acidentes causados por veículos de circulação terrestre.

De início, merece registro o fato de que, embora o regramento abranja um amplo conjunto de veículos – abrangendo, dentre outros, bicicletas, comboios, carruagens de metropolitano e motocicletas –, o centro da atenção do legislador e do operador do Direito encontra-se nos automóveis, dada a sua ampla utilização no mundo todo e a significativa sinistralidade inerente ao seu uso.

Em alarmantes números, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, cerca de um milhão e trezentas e cinquenta mil pessoas morrem anualmente em acidentes rodoviários no mundo, sendo esta a maior causa de morte entre pessoas jovens, de quinze a vinte e nove anos.¹¹³

A drástica alteração da dinâmica social, nas comunicações e no transporte de bens e pessoas, não passou ao largo da ciência jurídica.

O pioneirismo das ferrovias nessa nova fonte de riscos, muito antes da popularização do automóvel, já levou a doutrina jurídica e a jurisprudência a buscar soluções inovadoras, especialmente por meio de rígidas e tecnicamente questionáveis presunções de culpa, quando ainda vigente o domínio absoluto do paradigma delitual.

Como colocado por Rui Ataíde, “a nova problemática dos acidentes ferroviários deu, inicialmente, lugar a forte perplexidade jurídica, própria de épocas de transição, em virtude de ainda não estar consignada a competente responsabilidade

¹¹² LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 367.

¹¹³ http://www.who.int/gho/road_safety/mortality/number_text/en/

objectiva: o domínio antes reservado à imputação culposa só gradualmente foi invadido pelo princípio do risco”.¹¹⁴

De fato, após paulatina ampliação, o princípio do risco encontrou seio no Código Civil de 1966, ao prever, em seu art. 503º/1, o seguinte: “Aquele que tiver a direcção efectiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação”.

Como contraface da adoção da regra objetiva, surgiu o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, atualmente disciplinado pelo D.L. 291/2007, de 21 de Agosto. Realmente, não se pode negar “que de pouco serviriam as regras da responsabilidade pelo risco que, em razão da perigosidade ínsita à condução automóvel, prescindiam da culpa para aplicar as regras da responsabilidade civil extracontratual aos acidentes de viação, se os sujeitos civilmente responsáveis não dispusessem de património suficiente para cumprir a sua obrigação indemnizatória”.¹¹⁵

Os requisitos legais constantes do art. 503º/1 merecem atenção individual, com início na identificação dos responsáveis pelo dano.

A lei exige a “direcção efectiva” do veículo, sendo certo que o equívoco termo não exige direcção no sentido de manuseio do volante ou qualquer outro instrumento de condução do veículo, mas sim um poder de fato, o controle sobre o bem.¹¹⁶ A expressão abrange, portanto, não apenas o proprietário do bem, mas também o usufrutuário, o locatário, o comodatário, dentre outros, além de pessoas sem um título jurídico válido, a exemplo do comissário que atua fora de suas funções (art. 503º/3, parte final) ou até quem furta ou rouba o veículo.

¹¹⁴ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 217.

¹¹⁵ SOBREIRA, Nuno Almeida de Araújo. *Seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel: direito de regresso da seguradora e sub-rogação do FGA*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, 16 de Dezembro de 2014, p. 55/56. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/28442>

¹¹⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 369.

Busca-se, assim, alcançar quem “usa do veículo ou dele dispõe” de qualquer modo¹¹⁷, independentemente da análise de um comportamento concreto¹¹⁸, de forma a identificar o responsável com o sujeito incumbido da tarefa de cuidar do bem, atentando para as medidas de cuidado aplicáveis, a exemplo do estado dos pneus e a realização da manutenção preventiva. Atente-se: embora não se discuta a adoção de tais padrões de cuidado no momento da definição da obrigação de ressarcir, pois de responsabilidade subjetiva não se trata, a delimitação dos responsáveis pelo legislador tem clara correlação com o encargo de cuidado.¹¹⁹

Prosseguindo, estão excluídos do preceito de responsabilização objetiva os inimputáveis, pois o art. 503º/2 faz expressa referência à disciplina do art. 489º.

Por outro lado, o art. 503º/1 impõe seja o veículo utilizado no próprio interesse daquele que possui a direção efetiva, ainda que por meio de comissário, previsão que a doutrina interpreta como um instrumento destinado a afastar da responsabilidade objetiva a situação daquele que usa o veículo por conta de outra pessoa, ou seja, o comissário, o qual recebe regramento específico.¹²⁰

O interesse próprio, ademais, deve ser compreendido de forma ampla, de forma a abarcar o interesse material ou econômico – a exemplo daquele que destina o veículo à atividade comercial – e moral – como o empréstimo do veículo a um amigo ou a um parente –, não se exigindo que o motivo do uso seja objeto de proteção legal.¹²¹

A situação específica do comissário é objeto de disciplina do art. 503º/3, em previsão alheia à responsabilização objetiva, ao prescrever que, “aquele que conduzir o veículo por conta de outrem responde pelos danos que causar, salvo se provar que não houve culpa da sua parte”.

Há, portanto, uma presunção legal de culpa, que encontra seu fundamento material na regra da experiência segundo a qual o comissário costuma conduzir o veículo de forma menos cautelosa do que o proprietário, seja por não ser o

¹¹⁷ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 657.

¹¹⁸ PEREIRA, Mariana Sena Vieira Paupério. *A condução de veículos como atividade perigosa*. Revista CEJ, v. 15, n. 52, p. 82–88, jan./mar., 2011, p. 83.

¹¹⁹ Não por outro motivo, Menezes Cordeiro identifica na hipótese a ideia de ilicitude imperfeita (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 674).

¹²⁰ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 370.

¹²¹ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 658.

encarregado dos reparos e das manutenções, seja pela reiterada utilização, apta a construir um perigoso excesso de confiança.

O comissário, todavia, deve conduzir o veículo em nome e no interesse de outrem, não bastando a mera utilização de veículo alheio para justificar a aplicação do preceito.¹²² O empréstimo eventual, sem relação de comissão, como sói ocorrer no caso do pai que permite o uso do veículo do filho, rege-se pela regra do art. 503º/1, imputando-se a responsabilidade objetiva diretamente a quem exerce o controle sobre o veículo.

A presunção de culpa do comissário alcança a relação jurídica deste com o lesado, não se limitando ao âmbito das relações internas entre comitente e comissário, conforme fixado pela jurisprudência, segundo a qual “A primeira parte do n.º 3 do artigo 503.º do Código Civil estabelece uma presunção de culpa do condutor do veículo por conta de outrem pelos danos que causar, aplicável nas relações entre ele como lesante e o titular ou titulares do direito a indemnização”.¹²³

Portanto, caso o comissário não afaste a presunção de culpa legalmente prevista, responderá diretamente e permitirá ao lesado demandar solidariamente o comitente, na forma do art. 500º/1, sem prejuízo de eventual direito de regresso por parte do comitente (art. 500º/3).¹²⁴

Fixados os responsáveis e os respectivos regimes – objetivo em relação a quem detém o poder de facto e com presunção de culpa em relação ao comissário –, cabe definir os beneficiários, na forma do art. 504º.

Como regra, “a responsabilidade pelos danos causados por veículos aproveita a terceiros, bem como às pessoas transportadas”, regra ampla que engloba o condutor – “motorista, maquinista, assistente de viagem, cobrador de bilhetes”¹²⁵ –, mas exclui da tutela objetiva o detentor do poder de fato sobre o bem, que nem sempre é o condutor¹²⁶, quando não figure como passageiro.

¹²² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 671.

¹²³ Assento 1/83, de 29 de Abril de 1983 (LICURGO AUGUSTO DOS SANTOS), disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/668512/details/maximized?filterEnd=1983-12-31&filterStart=1983-01-01&q=1983&perPage=100&fq=1983>

¹²⁴ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 659.

¹²⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 372.

¹²⁶ SOBREIRA, Nuno Almeida de Araújo. *Seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel: direito de regresso da seguradora e sub-rogação do FGA*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade

No caso de transporte em virtude de contrato, a responsabilidade objetiva só abrange a pessoa contratada e as coisas por ela transportada, contexto no qual a lei permite, *a contrario sensu*, a possibilidade de cláusulas que limitem a responsabilidade à pessoa, afastando a indenização das coisas transportadas.¹²⁷

Por fim, em nova redação voltada a garantir a harmonia da legislação portuguesa com a diretiz comunitária, o art. 504º/3 inclui no âmbito da responsabilidade pelo risco a situação do transporte gratuito, com limitação à pessoa transportada, e não as coisas por ela transportadas.

Definidos os sujeitos da obrigação, importa definir o que está abarcado no dever de indenizar, zona delimitada pela previsão do art. 503º/1, ao afirmar que a responsabilidade envolve os “danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação”. Avança-se, assim, para o tema próprio da presente dissertação, a causalidade, pois definir os “riscos próprios do veículo” corresponde a desenhar o âmbito dos riscos que, uma vez concretizados em danos, serão atribuídos ao responsável.¹²⁸

São riscos típicos do veículo tudo aquilo que for inerente ao uso e controle do bem, seja em relação à estrutura da própria máquina – falhas de construção, ausência de manutenção ou avarias –, ao seu uso – condução inadequada da parte do motorista – ou às condições externas – animais na pista, por exemplo. Os riscos típicos, ademais, englobam o “outro termo do binômio que assegura a circulação do veículo (o condutor)”¹²⁹, razão pela qual eventuais problemas relacionados ao motorista, como uma síncope, ataque cardíaco ou epilético permanecem sujeitos à regra de imputação objetiva.

O veículo, ademais, sequer necessita estar em circulação. A explosão de um veículo estacionado por qualquer problema de funcionamento ou o deslocamento do veículo por falha no sistema de freios, atingindo pessoas ou bens, por exemplo, também estão inseridos nos riscos próprios.

de Direito de Coimbra, 16 de Dezembro de 2014, p. 49. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/28442>

¹²⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 373.

¹²⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 673.

¹²⁹ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 668.

Demarcado o contorno dos riscos indenizáveis, a obrigação somente é excluída nas hipóteses do art. 505º, cuja redação dispõe: “Sem prejuízo do disposto no artigo 570º, a responsabilidade fixada pelo nº 1 do artigo 503º só é excluída quando o acidente for imputável ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte de causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo”. Cuida-se de hipóteses que excluem o nexo de causalidade, retirando a essencial relação entre o riscos inerentes ao veículo e o dano.¹³⁰

Em relação ao lesado, importa primeiro consignar que a lei não exige seja seu comportamento culposos, pois o foco encontra-se na constatação de que “a sua conduta tenha sido a única causa do dano”.¹³¹

Dito isso, embora o Código não demande a culpa, o fato culposos do lesado será a mais comum causa de exclusão do nexo causal e, conseqüentemente, da responsabilidade na prática, a exemplo da situação em que o pedestre atravessa a rua de forma abrupta e fora da passadeira, quando presente fluxo livre de veículos.¹³² A menção à culpa do lesado, nesse contexto, não envolve a mesma perspectiva de quando o termo é utilizado para fundamentar a responsabilidade civil do agente. Na realidade, o foco está em identificar se o comportamento censurável do lesado foi a causa do dano, o elemento que explica o acidente.

Porém, como não se impõe a presença de comportamento culposos do lesado, também excluem a responsabilidade objetiva comportamentos automáticos, reações instintivas e eventos fortuitos relacionados ao próprio lesado – a exemplo de um desmaio nas margens da rua –, bem como atos de inimputáveis¹³³, sem prejuízo de se apurar a eventual responsabilidade do condutor com base na regra geral da culpa.

Na hipótese de culpa concorrente do lesado com culpa do condutor, a invocação do art. 570º remete ao caso concreto a identificação da solução adequada, de forma a definir, “com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas

¹³⁰ *Ibidem*, p. 675.

¹³¹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 371.

¹³² “Quando se alude a acidente imputável ao lesado, quer-se dizer, antes de mais nada, acidente devido a facto culposos do lesado, acidente causado pela conduta censurável do próprio lesado. (...) Embora o facto do lesado seja, em regra, um facto censurável ou reprovável da vítima, a lei quer abranger todos os casos em que o acidente é devido ao lesado, mesmo que não haja culpa dele.” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 678/679).

¹³³ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 371.

consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

Prosseguindo, também exclui a responsabilidade objetiva o dano decorrente do comportamento do terceiro, em relação ao qual igualmente não se exige culpa, seja ele um outro condutor, que ao colidir com o veículo o desloca na direção da calçada, atingindo o pedestre; um pedestre, que se lança abruptamente na rua, motivando o desvio do veículo na direção da vítima; ou até um passageiro, que por qualquer motivo alcança o volante ou impede que o condutor atue regularmente.

Por fim, exclui a responsabilidade os casos de força maior estranhos ao funcionamento do veículo.

A expressão adotada pelo Código dialoga com a delimitação dos riscos abrangidos pela regra de responsabilização objetiva prevista no art. 503º/1, ou seja, com os “danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação”. Como dito anteriormente, os casos de força maior relacionados aos riscos típicos do veículo não afastam a responsabilidade, a exemplo de uma explosão causada por um aquecimento excessivo do motor ou a perda da capacidade de condução do veículo decorrente do gelo na pista.

Pelo contrário, haverá exclusão da responsabilidade quando o evento imprevisível, de consequências inevitáveis, for externo ao funcionamento do veículo, sendo o caso clássico o deslocamento do veículo em decorrência de uma enxurrada, causando danos em pessoas ou bens.

Superadas as hipóteses de exclusão da responsabilidade, já foi apontada a relação umbilical entre a adoção da regra de responsabilidade objetiva nos acidentes com veículos terrestres e a instituição de um modelo de seguro obrigatório, elementos que convergem no sentido de garantir a máxima reparação dos danos em um campo de significativa sinistralidade.

Em nenhum outro campo tal relação é mais evidente do que na instituição de limites máximos de indenização pelo art. 508º, o qual prescreve: “1 - A indemnização fundada em acidente de viação, quando não haja culpa do responsável, tem como limite máximo o capital mínimo do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel. 2 - Se o acidente for causado por veículo utilizado em transporte colectivo, a indemnização tem como limite máximo o capital mínimo do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel estabelecido para os transportes colectivos. 3 - Se o acidente for causado por veículo utilizado em transporte ferroviário,

a indemnização tem como limite máximo o capital mínimo do seguro obrigatório de responsabilidade civil estabelecido para essa situação em legislação especial”.¹³⁴

Atente-se que o limite máximo de indenização incide apenas na hipótese de obrigação fundada na regra de responsabilidade objetiva.

Optando o lesado por veicular sua pretensão na regra geral do art. 483º, com os ônus probatórios ali envolvidos, inexistente limite para a indenização. Ademais, na hipótese do veículo conduzido por comissário, a presunção de culpa prevista no art. 503º/3 tem plena aplicação, razão pela qual – não sendo elidida pelo potencial responsável – inexistirá limite para a indenização, em obrigação que alcança o comitente.¹³⁵

O Código disciplina ainda a comum situação da colisão de veículos no art. 506º, sendo necessária a disciplina específica como forma de estabelecer critérios para a solução das demandas, pois a ambos se imputa objetivamente o risco próprio do veículo.

A primeira regra que se extrai do dispositivo aponta no sentido de que, identificado um culpado, a ele será exclusivamente atribuída a responsabilidade pelos danos causados. Em segundo, se mesmo sem culpa a colisão puder ser atribuída apenas a um dos envolvidos – como ocorre no caso de um veículo colidir com a traseira do veículo à frente –, apenas o responsável arcará, objetivamente, com os danos (art. 506º/1, parte final).

Todavia, inexistindo culpa de qualquer dos envolvidos – ou não sendo a instrução processual capaz de atribuir a um dos condutores um comportamento censurável –, “a responsabilidade é repartida na proporção em que o risco de cada um dos veículos houver contribuído para os danos” (art. 506º/1, parte inicial). Em tal caso, apura-se o dano total e, depois, reparte-se na medida do risco, critério baseado “na perigosidade típica de cada veículo: um caminhão implica mais riscos do que um misto e este mais do que um ligeiro, por exemplo”¹³⁶, ou ainda na velocidade relativa de cada veículo no momento da colisão.

¹³⁴ Atualmente, o capital mínimo do seguro obrigatório alcança, para os danos corporais, € 5 000 000, e para os danos materiais, € 1 000 000, de acordo com o artigo 12.º, n.º 2, do DL n.º 291/2007.

¹³⁵ Conforme entendimento constante do Assento n. 7/94, de 2/3/1994 (disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1994/04/098A00/20612064.pdf>).

¹³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 677.

Ciente da dificuldade de apurar a culpa ou a contribuição causal, o Código prevê que, “Em caso de dúvida, considera-se igual a medida da contribuição de cada um dos veículos para os danos, bem como a contribuição da culpa de cada um dos condutores” (art. 506º/2).

Merece destaque o fato de incidir, entretanto, a presunção de culpa do comissário prevista no art. 503º/3 também no caso de colisão de veículos¹³⁷, razão pela qual, caso não elidida a presunção, os danos decorrentes do fato serão imputáveis apenas ao comissário, e por via do art. 500º/1, ao comitente.

Por fim, a evidente pluralidade de hipóteses – seja pela possibilidade de o dano envolver mais de um veículo, seja por divergentes títulos de imputação, objetiva ou por culpa, a depender dos envolvidos – justifica a adoção, pelo Código, da solidariedade passiva de todos os envolvidos.¹³⁸

Todavia, no âmbito das relações internas, caso haja um culpado, caberá apenas a quem incorreu em culpa arcar com a indenização, seja respondendo em regresso em face de quem efetuou o pagamento, seja negando-lhe o direito de regresso caso tenha sido o responsável pelo adimplemento da obrigação. Na pluralidade de culpados, a repartição entre eles obedecerá a medidas das culpas, na forma do art. 497º/2.

Na ausência de culpados, “a obrigação de indenizar reparte-se de harmonia com o interesse de cada um na utilização do veículo” (art. 507º/2, parte inicial).

1.5.4.2 Danos causados por outros veículos

Ressalvada a relevância prática dos danos causados por veículos terrestres, objeto da disciplina do Código Civil acima comentada, há ainda outros meios de transporte – marítimos e aéreos – que igualmente se encontram submetidos ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto em leis especiais.

Em relação ao transporte marítimo, o Decreto-Lei n. 202/98, de 10 de Julho, disciplina o regime de responsabilidade do proprietário do navio, compreendido tal

¹³⁷ Assento 3/94, de 26 de Janeiro (disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/adf4aa5581ce88388025744000462a.de?OpenDocument&Highlight=0,077303>).

¹³⁸ Art. 507º/1: Se a responsabilidade pelo risco recair sobre várias pessoas, todas respondem solidariamente pelos danos, mesmo que haja culpa de alguma ou algumas.

bem como “o engenho flutuante destinado à navegação por água” (art. 1º, a)), havendo distinção entre a figura do proprietário e do armador do navio, sendo o último “aquele que, nos seu próprio interesse, procede ao armamento do navio” (art. 1º, c)), ou seja, promove a equipagem e a exploração do navio.

No caso do armador, seja ele proprietário ou não, há responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes dos atos e omissões do capitão e da tripulação; dos pilotos ou práticos tomados a bordo, ainda que o recurso ao piloto ou prático seja imposto por lei, regulamento ou uso; de qualquer outra pessoa ao serviço do navio (art. 4º). Todavia, quando o armador não for proprietário, a responsabilidade objetiva acima envolve apenas os danos sofridos por terceiros, não englobando a relação jurídica entre proprietário e armador (art. 5º).

Há, todavia, responsabilidade objetiva indireta do armador pelos atos dos terceiros acima mencionados, pois o Decreto-Lei n. 202/98 expressamente remete a questão à disciplina do Código Civil a respeito do comitente (art. 500º/1), de forma a exigir seja o ato do comissário culpável, mas permitindo o exercício do direito de regresso por parte do comitente.¹³⁹

Quando o proprietário não for o armador do navio, a responsabilidade daquele perante terceiros é apenas subsidiária, sem prejuízo da sub-rogação nos direitos do lesado perante o armador (art. 6º).

Ainda no campo do transporte marítimo, o Decreto-Lei n. 124/2004, de 25 de Maio, disciplina a situação das embarcações de recreio (ER), compreendidas como “todo o engenho ou aparelho, de qualquer natureza, utilizado ou susceptível de ser utilizado como meio de deslocação de superfície na água em desportos náuticos ou em simples lazer” (art. 2º, a)).

Segundo o art. 41º do regulamento, “os proprietários e os comandantes de ER são solidariamente responsáveis, independentemente da culpa, pelo ressarcimento dos danos causados a terceiros pelas ER, salvo se o acidente se tiver ficado a dever a culpa exclusiva do lesado”, instituindo assim um regime de responsabilidade objetiva, cuja exceção está na excludente de nexo de causalidade relacionada à atuação da própria vítima como causa do dano.

¹³⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 382.

Avançando para o transporte aéreo, há de se ter em conta a existência de regramentos diversos, a depender do âmbito do transporte, seja internacional, comunitário ou nacional.

No campo do transporte aéreo internacional, convivem o Sistema de Varsóvia¹⁴⁰ com o Sistema de Montreal, consubstanciado na Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, documento surgido em 1999 com o escopo de promover a modernização do disperso sistema anterior, incorporado ao ordenamento jurídico português pelo Decreto n. 39/2002, de 27 de Novembro.

No regime da Convenção de Montreal, o transportador aéreo responde independentemente de culpa, em um sistema de responsabilidade objetiva acompanhado de um limite máximo de indenização quantificado em Direitos de Saque Especial, montante a partir do qual surge uma presunção de culpa, passível de ser elidida pela transportadora (art. 21º e 22º).¹⁴¹

Admite-se, todavia, que a transportadora seja exonerada da obrigação “se provar que foi negligência ou outro acto doloso ou omissão da pessoa que reclama a indemnização, ou da pessoa de quem emanam os direitos da primeira, que causou ou contribuiu para o dano, a transportadora será total ou parcialmente exonerada da sua responsabilidade perante o requerente na medida em que tal negligência, acto doloso ou omissão causou ou contribuiu para o dano” (art. 20º).

A responsabilidade objetiva da transportadora engloba hipóteses distintas: i) no caso de morte ou lesão corporal do passageiro, há necessidade de o acidente haver ocorrido a bordo da aeronave ou durante uma operação de embarque ou desembarque; ii) danos causados em caso destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, devendo o evento danoso ocorrer a bordo da aeronave ou durante o

¹⁴⁰ “O “Sistema de Varsóvia” é composto pela Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de Outubro de 1929, pelo Protocolo de Haia, em Setembro de 1955, que modifica a Convenção de Varsóvia, pela Convenção Complementar à Convenção de Varsóvia, para a Unificação de Certas Normas Relativas ao Transporte Aéreo Internacional Efetuado Por Pessoas Diferentes do Transportador Contratual, assinada em Guadalajara, em 18 de Setembro de 1961, pelo Protocolo de Guatemala, de 8 de Março de 1971, e pelos Protocolos Adicionais 1, 2, 3 e 4, também eles modificativos da Convenção de Varsóvia” (SOUSA, Marco Romão de. *O contrato de transporte aéreo. Da responsabilidade do transportador aéreo perante os passageiros*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Julho de 2013, p. 4. Disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/17318/1/MarcoSousa_2013.pdf).

¹⁴¹ Embora a Convenção de Varsóvia tenha sido superada, em Portugal, pela ratificação da Convenção de Montreal, cabe destacar que a primeira previa um regime de responsabilidade civil subjetiva baseada na presunção de culpa do transportador (*Ibidem*, p. 60).

período em que a bagagem se encontre sob a guarda da transportadora; iii) danos causados em caso de destruição, perda ou avaria de mercadoria, desde que o prejuízo ocorra durante o transporte aéreo, incluindo o período durante o qual a mercadoria permanece sob a guarda da transportadora (art. 17º e 18º).

Há responsabilidade subjetiva clássica, porém, na hipótese de danos relacionados à bagagem não registrada, incluindo objetos pessoais, cabendo ao lesado demonstrar culpa da transportadora, seus trabalhadores e agentes (art. 17º/2).

Entretanto, no caso de danos decorrentes de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagens ou mercadorias, a responsabilidade é subjetiva, mas com a instituição de uma presunção de culpa, que permite à transportadora “provar que ela ou os seus trabalhadores ou agentes adoptaram todas as medidas que poderiam razoavelmente ser exigidas para evitar o dano ou que lhes era impossível adoptar tais medidas” (art. 19º).

O âmbito do regime comunitário, objeto do Regulamento CE n. 2027/97, com alteração pelo Regulamento CE n. 889/2002, corresponde aos casos em que a transportadora aérea seja comunitária, sendo “considerada comunitária se for titular de uma licença de exploração válida emitida para um Estado-Membro”, tornando-se indiferente a constatação se o voo é doméstico ou internacional.¹⁴²

O regulamento comunitário mimetiza as regras da Convenção de Montreal acima comentadas, igualmente prevendo a responsabilidade objetiva até um limite máximo calculado em direitos de saque especial, a partir do qual é dado à transportadora afastar uma presunção de culpa (art. 3º/1.a) e 2). Ademais, permite-se também a redução ou a exoneração da responsabilidade “se a transportadora aérea comunitária provar que os danos foram causados pelo passageiro lesado ou falecido, ou que este para eles contribuiu por negligência” (art. 3º/3).

Por fim, o transporte aéreo de âmbito nacional encontra sua disciplina no Decreto-Lei n. 321/89, de 25 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n. 279/95, de 26 de outubro.

Segundo a norma, há responsabilidade civil objetiva no caso de “a) Morte, ferimentos ou quaisquer outras lesões corporais sofridos pelos passageiros em virtude de acidente ocorrido no decurso do transporte aéreo ou durante as operações de embarque ou desembarque; b) Avaria, perda, destruição ou deterioração de bagagens

¹⁴² *Ibidem*, p. 61.

e carga quando o facto que lhes der origem se produzir durante o transporte aéreo ou durante as operações de embarque e desembarque; c) Resultantes de atrasos verificados relativamente à hora prevista e anunciada pelo transportador no transporte aéreo de passageiros bagagens e carga” (art. 3º).

Incidem, todavia, limites de responsabilidade, previstos nos artigos 4º e 5º, sendo este, no caso dos danos à pessoa correspondente ao “capital mínimo obrigatoriamente garantido pelo seguro de responsabilidade civil automóvel por pessoa”, mais uma vez atrelando o regime à obrigatoriedade de celebração do contrato de seguro (art. 17º e 18º).

A responsabilidade objetiva do transportador, ademais, não se limita aos passageiros, pois abrange os “danos causados a terceiros à superfície pela aeronave em voo ou por objectos que dela se soltem, incluindo os alijamentos resultantes de força maior”, bem como “o ressarcimento dos danos causados pela mesma quando no solo, imobilizada ou em movimento”, a exemplo de uma explosão que vitime terceiros (art. 10º).

Embora objetiva, a responsabilidade do transportador é excluída em hipóteses específicas de rompimento do nexo causal, quais sejam os casos de “a) Tremores de terra, abalos sísmicos e outros cataclismos naturais; b) Conflitos armados, guerra, revoluções, insurreições ou tumultos; c) Utilização por terceiros de armas ou engenhos explosivos com modificação do núcleo atómico”, além da hipótese de culpa exclusiva do lesado (art. 13º).

Mas não se pode ignorar ser o setor de aviação um campo de marcado desenvolvimento tecnológico. Nesse contexto, merece ainda menção a regulamentação incidente sobre as aeronaves não tripuladas (Unmanned Aircraft), cuja expansão já é percebida no uso para fins recreativos, mas com potencial para avançar em outros campos, inclusive para fins comerciais.

No que toca à responsabilidade civil, o Decreto-Lei n. 58/2018, de 23 de Julho, prevê mais uma hipótese de obrigação de indenizar com base no risco, “os operadores de UAS¹⁴³ respondem, independentemente de culpa, pelo ressarcimento dos danos causados a terceiros por esse sistema, salvo se o acidente se dever a culpa exclusiva do lesado” (art. 9º).

¹⁴³ Nos termos do art. 2º, h): “«Sistema de aeronave não tripulada (UAS, Unmanned Aircraft System)», sistema que compreende a aeronave não tripulada e o equipamento de controlo remoto da mesma.”

Sobre o preceito, observa a doutrina que a redação do dispositivo é excessivamente aberta, pois, ao contrário do que ocorre na já comentada hipótese do art. 503º – quando se alude aos riscos próprios do veículo –, “nesta sede o legislador bastou-se com o, digamos, envolvimento de uma aeronave não tripulada num acidente”.¹⁴⁴

Essencial, portanto, a intervenção da doutrina para precisar o que restou subentendido do texto legal: a responsabilidade objetiva encontra raízes na perigosidade inerente à aeronave não tripulada, razão pela qual o preceito abrange tanto eventuais danos à superfície – a exemplo da queda da UAS ou de seus componentes sobre bens ou pessoas –, bem como eventuais danos ocorridos ainda que o equipamento não esteja em operação – a exemplo de uma explosão no chão.¹⁴⁵

Não se incluem na regra de responsabilidade objetiva, todavia, situações em que o emprego da UAS é meramente circunstancial, bem como quando não se tratar de acidente, como sói ocorrer na utilização do equipamento para fotografar alguém, em violação ao seu direito de privacidade.

Quanto à exoneração da responsabilidade objetiva, o art. 9º acima exclui a responsabilidade apenas quando houver culpa exclusiva do lesado, inexistindo, porém, previsão de aplicação do art. 570º do Código Civil, ou seja, da definição em concreto da responsabilidade a partir do exame do grau de culpa concorrente.

1.5.5. Danos causados por instalações de energia elétrica ou gás

O art. 509º do Código Civil regula uma fonte de relevantes riscos sociais, a condução e entrega de energia elétrica ou gás, nos seguintes termos: “Aquele que tiver a direcção efectiva de instalação destinada à condução ou entrega da energia eléctrica ou do gás, e utilizar essa instalação no seu interesse, responde tanto pelo prejuízo que derive da condução ou entrega da electricidade ou do gás, como pelos danos resultantes da própria instalação, excepto se ao tempo do acidente esta estiver de acordo com as regras técnicas em vigor e em perfeito estado de conservação” (art. 509º/1).

Em primeiro lugar, há de ser fixado o âmbito de aplicação do dispositivo, especificamente se há limitação à atividade de fornecimento da energia elétrica ou do

¹⁴⁴ ALVES, Hugo Ramos. *Direito aéreo: uma introdução*. 1.ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2019, p. 331.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 331.

gás – envolvendo condução (transporte) e entrega (distribuição) – ou se também abrange a produção.

Embora a última solução encontre respaldo na posição de Antunes Varela, para quem a empresa responsável pela exploração da atividade (como proprietária, concessionária, arrendatária ou outra modalidade jurídica), ao aferir o proveito da atividade, deverá suportar os riscos atrelados¹⁴⁶, a posição mais correta está na limitação da aplicação da disciplina aos termos da lei, que nenhuma menção faz à produção, cingindo-se à condução e à entrega, em juízo alicerçado na constatação de que tais atividades, e não a produção, engendram um risco especial.¹⁴⁷

Dito isso, o paralelo entre a disciplina do art. 509º/1 e 503º/1 é evidente: em ambos os casos, exige-se a direção efetiva – de forma a identificar o responsável com aquele que possui o poder de fato, o controle, sobre a instalação – e a utilização em interesse próprio – excluindo da responsabilidade o comissário, em especial os trabalhadores da instalação, imputando a responsabilidade a quem explora a atividade.

O regramento possui, todavia, uma ampla válvula de escape, ao permitir a exclusão da responsabilidade objetiva “se ao tempo do acidente esta [a instalação] estiver de acordo com as regras técnicas em vigor e em perfeito estado de conservação”. De fato, embora o preceito veicule uma responsabilidade por risco, permite ao agente comprovar o respeito às medidas de cuidado adequadas ao estado da técnica para excluir a obrigação de indenizar, de forma a veicular a noção de ilicitude imperfeita.¹⁴⁸

Também exclui a responsabilidade a ocorrência de causa de força maior, compreendida pela lei como “toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa”, no que se inclui também o fato exclusivo do próprio lesado.

Quando se trata de fatos da natureza, a definição de causa de força maior, para fins da exceção do 509º/2, envolve um juízo de pertinência entre o evento imprevisível, de efeitos inevitáveis, e o âmbito de riscos inerente ao funcionamento e a utilização dos equipamentos de condução e entrega de energia elétrica e gás.

¹⁴⁶ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 712.

¹⁴⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 386/387.

¹⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 683.

Por isso, rejeitando a ocorrência de causa de força maior, o Supremo Tribunal de Justiça já consignou que, “se um raio, um simples raio, pode não ser - não é - susceptível de ser dominado pelo homem, se esse homem for o simples consumidor de energia eléctrica, já não pode aceitar-se que esse mesmo simples raio não seja “dominável” por uma empresa como a ré, cujo objecto negocial é exactamente a produção, o transporte e a distribuição de energia”.¹⁴⁹ Na mesma linha de intelecção, tampouco representa uma causa estranha ao funcionamento do equipamento a interação de animais com a fiação ou eventos atmosféricos, ainda que severos, mas que não alcancem níveis extraordinários, como um ciclone.

A responsabilidade objetiva não alcança os danos relacionados aos utensílios de uso de energia, desde eletrodomésticos até máquinas pesadas, a exemplo de um pico de tensão que finde por queimar os equipamentos domésticos (art. 509º/3).

Por fim, o art. 510º estabelece uma limitação da responsabilidade objetiva, pois, na ausência de culpa, o valor da indenização encontra limite, para cada acidente, no montante “estabelecido no n.º 1 do artigo 508º, salvo se, havendo seguro obrigatório, diploma especial estabelecer um capital mínimo de seguro, caso em que a indemnização tem como limite máximo esse capital”.

1.5.6. Responsabilidade civil do produtor

Provavelmente o mais importante campo no estudo da responsabilidade civil objetiva – dado seu abrangente espaço de aplicação na sociedade de consumo em que vivemos –, a responsabilidade civil do produtor pelos danos decorrentes de produtos defeituosos demonstra a utilização da imputação objetiva como um instrumento de salvaguarda do consumidor, justificação política que, superando a associação tradicional entre a responsabilidade pelo risco e atividades com perigo inerente, encontra na insuficiência do paradigma do ilícito culposos seu alicerce.

O longo processo de construção de uma nova ordem económica e social, que remonta à Revolução Industrial do século XIX, findou na consolidação de uma

¹⁴⁹ Ac. STJ, de 8/11/2007, proc. n.º 2640/06 (PIRES DA ROSA) (disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f0fe7e2272a5b76c8025738e003b76e8?OpenDocument&Highlight=0,cegonha,energia>).

dinâmica de consumo em massa, com mercados consumidores e produtores que desconhecem fronteiras geográficas entre os países.¹⁵⁰ Esse processo, para além das inegáveis vantagens decorrentes da ampliação do acesso a bens de consumo, tecnologia e produtos essenciais – como medicamentos e vacinas –, tornou o consumidor vulnerável a diversos riscos de danos em seus bens e na sua pessoa.

Para tais riscos, a responsabilidade subjetiva revelou-se manifestamente inadequada, pois a complexidade do processo produtivo moderno – com a intermediação de diversos fornecedores de partes componentes – tornaria impossível, na prática, ao consumidor provar a ocorrência do ilícito culposos e do nexo causal, transformando-o no verdadeiro fiador dos riscos do processo produtivo.

Em acréscimo, observa a doutrina que “a prova da culpa, mais do que diabólica (até por se admitir a sua facilitação pela prova de primeira aparência ou mesmo pela inversão do ônus probatório), poderia, por vezes, colidir com uma margem estatisticamente inevitável de acidentes ou falhas técnicas que, fugindo ao mais apurado controlo, impediriam a responsabilização do produtor. Logo, submetê-lo aos critérios da imputação objetiva revelou-se o meio jurídico mais adequado para garantir a plena e eficaz tutela do consumidor lesado pelo produto defeituoso”.¹⁵¹

Nesse contexto, sobreveio a Diretiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, com olhos voltados à “aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos”, tendo como pedra de toque a adoção de um modelo de responsabilidade objetiva complexo, com instrumentos especiais para a repartição dos riscos entre produtor e lesado.

No campo interno português, a diretiva foi incorporada por meio da publicação do Decreto-Lei n. 383/1989, de 06 de Novembro, que expressamente adota a responsabilidade civil objetiva em matéria de produtos defeituosos.¹⁵²

¹⁵⁰ COELHO, Vera Lúcia Paiva. *Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos “Teste de resistência” ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor*. Revista Electrónica de Direito, Jun. 2017, n.º 2, p. 6.

¹⁵¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 451.

¹⁵² Embora temas controversos, como a possibilidade de invocação do risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade, alimente controvérsias sobre a natureza jurídica do instituto, inclusive com vozes no sentido de que a responsabilidade do produtor seria subjetiva (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 692).

Desnecessária, portanto, a prova da culpa do produtor do produto defeituoso, embora se imponha ao demandante o ônus de demonstrar o dano, o defeito e o nexo causal.¹⁵³

Essencial, portanto, é definir os elementos mais importantes da obrigação de indenizar ora apreciada, ou seja, o produtor, o defeito do produto e os danos ressarcíveis.

O conceito de produtor é trazido pelo art. 2º do Decreto-Lei n. 383/89, em redação abrangente, voltada a abarcar toda a gama de possíveis formas de distribuição de produtos ao mercado consumidor, sempre com olhos voltados à efetivação da tutela do consumidor – cujo corolário está na previsão de solidariedade passiva pelo art. 6º –, para além de fomentar uma cultura de indicação clara da identidade dos reais responsáveis pelo processo produtivo.¹⁵⁴

Dito isso, o art. 2º/1 traz duas hipóteses de produtor, quais sejam o produtor real e o produtor aparente, respectivamente, nos seguintes termos: “Produtor é o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo”.

Alcança-se, assim, não apenas o fabricante do produto defeituoso, mas também a comum situação – facilmente verificável em redes de supermercado – na qual uma grande empresa adquire produtos de terceiros, mas aplica nele sua marca, nome ou outro sinal distintivo, criando no consumidor a expectativa de estar a adquirir um produto fabricado pela empresa. Portanto, ao compartilhar com o produtor real a legitimidade advinda de seu renome, o produtor aparente se sujeita a responder pelos resultados danosos.

Por outro lado, o art. 2º/2 apresenta a figura do produtor presumido, quais sejam: “a) Aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua actividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição; b) Qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se,

¹⁵³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017, p. 173.

¹⁵⁴ COELHO, Vera Lúcia Paiva. *Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos “Teste de resistência” ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor*. Revista Electrónica de Direito, Jun. 2017, n.º 2, p. 10.

notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente”.

Atente-se que, no primeiro caso, apenas será considerado produtor o importador de produtos de fora da União Europeia, razão pela qual a importação interna, dentro do bloco, obriga o lesado a demandar contra o produtor real ou aparente.¹⁵⁵ No caso de produtos de fora do bloco, exonerar o importador equivaleria a desproteger o lesado, pois o ajuizamento de demanda em locais distantes, com outras tradições jurídicas, seria inviável na prática.

Prosseguindo, a fonte do dano é o produto, compreendido como “qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel” (art. 3º). Mas não qualquer produto, pois o âmbito de aplicação está diretamente ligado ao produto defeituoso.

De início, importa destacar que a palavra defeito é comumente utilizada no sentido de imperfeição, de vício, significado distinto do conceito jurídico incorporado pelo decreto-lei. Como afirma a doutrina de Mafalda Barbosa, “o defeito de que se cura tem, no entanto, uma abrangência muito mais do que ampla do que aquela com que somos confrontados ao nível da linguagem corrente ou no quadro de outros regimes privatísticos”.¹⁵⁶

Defeito do produto, para fins da responsabilidade do produtor, dialoga com o não oferecimento da segurança que legitimamente se pode contar, um conceito flexível, construído a partir de um conjunto de circunstâncias distintas, de cânones fixados pela própria lei. A segurança legítima, assim, é construída “tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação” (art. 4º).

Cabe ao intérprete, portanto, apreciar a forma como colocado o produto em circulação, a mensagem veiculada pela publicidade, a apresentação do produto¹⁵⁷, as expectativas razoáveis de uso, com os avisos e instruções associados, e o

¹⁵⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 391.

¹⁵⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil do produtor e nexos de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017, p. 175.

¹⁵⁷ No momento da compra, o consumidor é submetido a uma “vasta gama de estímulos que tende a criar no público a imagem e expectativa que se trata de um produto seguro, visto que o consumidor, na maioria das vezes, toma a sua decisão de comprar um determinado produto pela sua configuração externa, publicidade, descrição e aparência, sem saber acerca da sua estrutura intrínseca e respetiva segurança” (COELHO, Vera Lúcia Paiva. *Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos “Teste de resistência” ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor*. Revista Electrónica de Direito, Jun. 2017, n.º 2, p. 21).

momento da entrada em circulação, tendo por base não o lesado individualmente, mas sim a expectativa padrão do público consumidor.

Quanto ao uso razoável, atente-se que a lei não toma por critério o uso pretendido pelo produtor, mas sim o uso razoável, pois é comum que um produto não seja empregado exatamente da forma para a qual concebida. Como exemplo, é fato notório que produtos como brinquedos são utilizados pelo seu público alvo, crianças, de forma bastante diversa do fim esperado pelo produtor.

A partir dos critérios acima, a doutrina afirma a existência de três espécies clássicas de defeitos: concepção, fabricação e informação, a depender da origem da falta de segurança legítima, respectivamente o design do produto, o processo produtivo ou a colocação inadequada no mercado. Parte da doutrina, porém, inclui um quarto defeito, o defeito do desenvolvimento, provocado pelos riscos do desenvolvimento, tema que será objeto de comentários posteriores.¹⁵⁸

Identificado o produtor e qualificado o produto como defeituoso, o Decreto-Lei n. 383/89 delimita quais danos podem ser abarcados pela responsabilidade objetiva em tela. Trata-se, aqui, da delimitação do âmbito de riscos associados à atividade do produtor, ou seja, dos contornos do nexo de causalidade.

De fato, “ao colocar no mercado um determinado produto (defeituoso), o produtor assume uma esfera de risco, pelo que responderá, em regra, por todos os danos que possam ligar-se funcionalmente ao defeito detetado. Não se exige, para que a ligação se estabeleça, um qualquer grau de probabilidade bastante, contentando-nos antes com a mera possibilidade. Na verdade, a densificação da imputação que se começa, assim, a erigir será oferecida pelo cotejo entre esta esfera de risco com outras esferas de risco que com ela se confrontem”¹⁵⁹, no que se inclui a possibilidade da esfera de riscos criada pelo comportamento culposos do próprio lesado.¹⁶⁰

Os danos ressarcíveis, dentro da esfera de riscos imputáveis, abrangem tanto os danos causados à pessoa – com a morte e a lesão corporal – e os danos

¹⁵⁸ WESENDONCK, Tula. *A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado*. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 38, n. 2, jul./dez. 2012, p. 215.

¹⁵⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017, p. 187.

¹⁶⁰ Na forma do art. 7º/1, “Quando um facto culposos do lesado tiver concorrido para o dano, pode o tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”. Todavia, “a responsabilidade do produtor não é reduzida quando a intervenção de um terceiro tiver concorrido para o dano”.

experimentado em coisa diversa do produto defeituoso, “desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino” (art. 8º).

Observa-se da leitura da norma uma duplicidade de tratamento no que toca aos danos, a distinguir os danos pessoais dos danos materiais.

Quanto aos primeiros, a tutela legal é ampla, pois “compreende as ofensas à integridade física, psíquica ou moral do lesado e, em consequência, permite a indemnização de quaisquer danos, patrimoniais ou não patrimoniais, causados por aquelas lesões”. Por outro lado, no que toca aos danos materiais, há um conjunto de requisitos a serem observados, de forma a limitar a indenização ao bem de uso pessoal, domiciliar, privado¹⁶¹, excluindo da proteção tanto os danos puramente patrimoniais, quanto “a compensação de danos em coisas de utilização profissional ou a indemnização de danos pela privação do uso”.¹⁶²

Portanto, embora o produto defeituoso do qual se origina o dano possa ser destinado ao uso profissional, os danos ressarcíveis são amplos apenas no âmbito dos danos pessoais, alijando da tutela os danos materiais em bens profissionais. Por outro lado, em relação aos danos materiais em bens de uso privado, não se exige seja o próprio adquirente do produto o lesado, podendo ser “um terceiro, lesado, sem qualquer relação com o bem defeituoso”.¹⁶³

A responsabilidade objetiva do produtor, todavia, é fragilizada pela amplitude das hipóteses legais de exclusão, trazidas pelo art. 5º, objeto de forte crítica da doutrina por sua amplitude.¹⁶⁴

Nos termos do dispositivo, o produtor não será responsabilizado se provar: “a) Que não pôs o produto em circulação; b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; c) Que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional; d) Que o defeito é devido à conformidade do

¹⁶¹ Ademais, “Os danos causados em coisas a que se refere o artigo anterior só são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de (euro) 500 ou 100241\$00” (art. 9º).

¹⁶² ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital*. Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1, 2019, p. 1477.

¹⁶³ Conforme já se manifestou o Judiciário português, vide Processo n. 17345/18.5T8LSB.L1-7 (MICAELA SOUSA), de 11/12/2019.

¹⁶⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 393.

produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito; f) Que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo”.

Dentre as hipóteses acima, a maior polêmica envolve o chamado risco de desenvolvimento, identificado quando os danos “ocorrem em virtude de um produto, que possuindo um defeito indetectável na data em que foi fabricado ou colocado em circulação, provoca danos a terceiros. Por isso, é comum a afirmação de que os riscos do desenvolvimento demonstram a ocorrência de danos tardios, já que somente em um momento posterior, com o desenvolvimento dos conhecimentos técnicos e científicos, é que se torna possível determinar que o produto é defeituoso”.¹⁶⁵

O tema envolve a definição das regras de repartição de riscos entre consumidores e produtores em relação à incerteza, ao fato de ser inerente a qualquer inovação – e a inovação é a marca do modelo produtivo atual – a potencialidade de posteriormente manifestarem-se danos, algo particularmente relevante nos ramos farmacêutico e alimentício.

De um lado, argumenta-se que a imputação ao produtor dos riscos de desenvolvimento representaria sério entrave ao desenvolvimento das atividades econômicas, em situações nas quais o estado da ciência e da técnica era incapaz de prever a potencialidade de danos, aumentando o preço do prêmio dos seguros e servindo de desincentivo à colocação de novos produtos no mercado.¹⁶⁶ De outro, afirma-se que admitir a excludente é imputar apenas aos consumidores a incerteza, embora seja o produtor a figura ideal para a dispersão dos custos, deixando ainda de criar o estímulo para que o produtor investigue a fundo os efeitos de novos produtos.¹⁶⁷

¹⁶⁵ WESENDONCK, Tula. *A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado*. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 38, n. 2, jul./dez. 2012, p. 214.

¹⁶⁶ Afirma a doutrina que “há de se ter muita cautela para que se evite a solidarização insustentável dos danos ou a responsabilização isolada do fornecedor, desencorajando a inovação e tornando inviável a atividade empresária, visto que os próprios consumidores se beneficiam da busca pelo aprimoramento das mercadorias, que gera solução de problemas, conforto e desenvolvimento econômico. Assim, deve-se evitar que, na tentativa de reparar danos individuais ou coletivos, não seja a sociedade, como um todo, demasiadamente lesada” (SILVA, Bruna Bier da. *A responsabilidade civil de consumo e a exigência dos riscos do desenvolvimento: um estudo comparativo entre Brasil e Itália*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 132/2020, Nov-Dez/2020, p. 369).

¹⁶⁷ WESENDONCK, Tula. *A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado*. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 38, n. 2, jul./dez. 2012, p. 215.

Não à toa, dada a existência de fortes argumentos em sentido favorável e contrário à utilização de tais riscos como fundamento de exclusão da responsabilidade, a Diretiva 85/374 permite que os Estados que compõem a União Europeia derroguem a excludente do risco de desenvolvimento, algo feito apenas por Luxemburgo e Finlândia.

Há, entretanto, construções intermediárias, a exemplo da Alemanha, que somente impõe a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento ao fornecedor de medicamentos, ou da Espanha, que não aceita a excludente na hipótese de medicamentos e de gêneros alimentícios destinados ao consumo humano.¹⁶⁸

De qualquer modo, apesar das críticas¹⁶⁹, não há dúvida de que o ordenamento jurídico português exclui os danos envolvidos no risco de desenvolvimento, na forma do art. 5º, e), do Decreto-Lei n. 383/89.

1.6. Panorama geral do fator de atribuição objetivo

A exposição acima pugna pela compreensão da responsabilidade objetiva como um fundamento autônomo da obrigação de indenizar, cuja compreensão enquanto espécie do gênero fatores de atribuição da responsabilidade civil é capaz, por si só, de fomentar na mente do jurista a perspectiva necessária para a correta aplicação do instituto.

Definido em atenção às suas próprias características, e não por simples exclusão de parcela dos requisitos da teoria subjetiva – em relação à qual não guarda relação de hierarquia –, a responsabilidade civil pelo risco reclama um estudo diferenciado.

Em todos os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, o legislador selecionou diversas hipóteses de incidência do fator de atribuição objetivo, valendo-se, no caso brasileiro, da construção de uma cláusula geral. Cada uma dessas hipóteses guarda particularidades, contornos específicos de delimitação da hipótese de incidência do fator objetivo, bem como diferentes fundamentos axiológicos, todos elementos importantes na formação da solução jurídica.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 221.

¹⁶⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Volume I*. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 393.

Por exemplo, quando confrontado com uma demanda consumerista – situação amparada na ideia de risco-proveito –, subsumir o caso concreto ao regramento objetivo legalmente previsto envolve, previamente, qualificar a parte envolvida como produtor e o produto como defeituoso.

Em outro exemplo, embora o Código Civil brasileiro – ao contrário do Código Civil português¹⁷⁰ – preveja expressamente a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, exige a seguinte relação: “que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

Aqui, o fundamento axiológico da responsabilização objetiva não repousa no risco, mas sim na ideia de garantia, de vinculação natural dos pais ao resultado do comportamento dos filhos.

Nesse contexto, cabe à doutrina e à jurisprudência fixar o alcance da previsão, abordando, por exemplo, situações nas quais um dos genitores – por estarem separados ou divorciados – não convive com o menor, inexistindo guarda.¹⁷¹

Em derradeiro exemplo, no campo que intercessão entre o Direito Civil e o Direito Administrativo – qual seja a responsabilidade civil do Estado, amparada eticamente “no princípio da igualdade dos particulares perante os encargos públicos”¹⁷² –, caberá ao jurista definir quais órgãos e pessoas jurídicas devem ser considerados entidades públicas para fins de aplicação do fator objetivo.¹⁷³

Portanto, embora seja espécie de um gênero maior, o fator de atribuição do dever de indenizar de cariz objetivo é, em si mesmo, uma categoria capaz de

¹⁷⁰ Cujo art. 491º prevê uma hipótese de responsabilidade subjetiva, porém com inversão do ônus da prova, ao admitir que os responsáveis pela vigilância mostrem “que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”. Ao comentar o dispositivo, Menezes Cordeiro aponta que a jurisprudência portuguesa aplica o instituto em situações diversas, desde a hipótese de insuficiência de cuidado dos pais, até uma socialização do risco (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 578).

¹⁷¹ Na hipótese, prevalece no Superior Tribunal de Justiça brasileiro entendimento no sentido de que a proximidade física ou a guarda são indiferentes à obrigação de indenizar do genitor, bastando a existência de poder familiar, ainda que não efetivamente exercido (REsp 1436401/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/02/2017). Entretanto, existem raros precedentes em sentido oposto, vide o REsp 1.232.011-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/12/2015.

¹⁷² GARCIA, ANTÔNIO DIAS. *Da responsabilidade civil objetiva do Estado e demais entidades públicas*. In: QUADROS, Fausto de (Coord.), Responsabilidade civil extracontratual da administração pública. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 200.

¹⁷³ Como exemplo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconheceu que os serviços cartorários (tabeliães e oficiais de registro), mesmo que praticados por particulares delegatários do poder estatal, autorizam a responsabilidade civil objetiva do Estado, embora a responsabilidade pessoal dos agentes delegatários permaneça vinculada à regra subjetiva (RE 842846, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2019).

abarcam diferentes modalidades, as quais desafiam controvérsias específicas de definição das respectivas hipóteses.

A definição dos contornos de cada uma das diversas hipóteses, entretanto, é tarefa que excede ao presente estudo.

O que importa é perceber que todas elas comungam da mesma estrutura dogmática geral – diversa da lógica que orienta a responsabilidade subjetiva –, na qual o dever de indenizar surge como consequência da ocorrência de um dano inserido no contexto de riscos delimitado pelas razões que justificaram a incidência específica do fator de atribuição, independentemente de um juízo sobre a presença de uma ilicitude censurável.

É sobre o elemento que alicerça o dever de indenizar nas distintas hipóteses de responsabilização objetiva – o nexo de causalidade – que será desenvolvido o presente estudo.

2. DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

2.1. Da delimitação do tema

Uma vez fixada a existência de diferentes fatores de atribuição do dever de indenizar, com o foco na construção histórica e nos elementos que compõem e justificam a existência de um critério objetivo de análise da responsabilidade civil – alheio ao tradicional raciocínio subjetivo, calcado eticamente na censura moral –, há de ser investigado o instrumento dogmático central na compreensão teórica e na aplicação prática do instituto: o nexo de causalidade.

A responsabilidade civil objetiva não pode ser vista como um anexo da responsabilidade civil subjetiva.

Ao contrário, demanda do jurista uma diferenciada perspectiva sobre o fenômeno do dano, cuja dinâmica dogmática envolve a identificação concreta da hipótese de responsabilidade objetiva legalmente prevista, a comprovação do dano e, no que importa ao estudo, a aplicação do nexo de causalidade como instrumento de vinculação dos demais elementos.

Embora seja fonte inesgotável de divergência a discussão sobre quais elementos podem ser tidos por essenciais, obrigatórios, para a configuração da responsabilidade civil, é praticamente consenso a inserção do nexo de causalidade dentre os requisitos basilares do instituto.¹⁷⁴

E mais: se o nexo de causalidade surge como pilar da responsabilidade civil enquanto gênero, na compreensão global do instituto, a abarcar as espécies responsabilidade obrigacional e aquiliana¹⁷⁵, é na responsabilidade civil objetiva que o elemento ganha foros de centralidade.¹⁷⁶ Isso porque, na ausência dos tradicionais filtros da obrigação de indenizar – o ato ilícito e a culpa –, cabe ao nexo de causalidade a tarefa de definir a quem compete o dever de indenizar, fundamentando o próprio

¹⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. Revista Jurídica, v. 50, n. 296, jun., 2002, p. 7.

¹⁷⁵ Aqui, cabe mencionar a existência de posições no sentido de que o termo responsabilidade civil deveria ser limitado às hipóteses de obrigações oriundas do ato ilícito. Por todos, JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 36.

¹⁷⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 22.

surgimento da obrigação, sendo o ponto central sobre o qual controvertem autor e réu, cerne da apreciação jurisdicional.

A constatação da importância do tema não passou ao largo da pioneira doutrina, como é possível observar da colocação de Ripert, ao afirmar que, “Se se faz desaparecer a ideia de falta, a ideia de causalidade passa para o primeiro plano, tomando a seu cargo a ideia de responsabilidade”.¹⁷⁷

Em qualquer das modalidades de responsabilidade civil, a análise literal do próprio texto legal já indicia a necessidade de se promover um juízo – cuja natureza normativa será defendida ao longo do texto – sobre a relação que envolve o comportamento ou o âmbito de riscos da atividade e o dano indenizável. Não por outra razão o art. 483 do Código Civil português, ao abordar a disciplina geral da responsabilidade civil, fala em “danos resultantes”, enquanto o Código Civil brasileiro, em seu art. 927, *caput*, atrela o dever de reparar à expressão “Aquele que (...) causar dano a outrem”.

O estudo do nexo causal guarda, porém, um paradoxo: em sentido diametralmente oposto à sua importância, o tema é comumente abordado com superficialidade – a partir da singela enumeração das teorias de maior repercussão, sem o necessário enfrentamento de suas contradições internas e inadequações práticas –, o que muito contribui para o descompasso entre a formulação teórica do instituto e sua aplicação na realidade jurisdicional.

Enfrentar o tema, todavia, exige o reconhecimento de que a discussão sobre a causalidade no Direito está inserida no tortuoso e multifacetado contexto do emprego dos juízos de causalidade em diversas outras áreas do saber. Física, biologia, filosofia e teologia, dentre outros campos, compartilham o emprego da mesma expressão linguística, cujo sentido varia – e deve variar – ao sabor de diferentes perspectivas e de diversas finalidades.

A distinção entre tais campos do saber não impede a existência de vasos comunicantes, de produtivos diálogos entre os variados campos. Todavia, deslegitima a transposição irrefletida da abordagem de qualquer dessas searas para o sistema jurídico, gênese de diversas falhas na construção das teorias sobre a causalidade.

E mais: como bem observado pelo sueco Jan Hellner, a compreensão das diversas faces da discussão sobre o nexo entre os eventos é também decorrência da

¹⁷⁷ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2003, p. 213.

existência de termos linguísticos distintos, dentro do conjunto de palavras que compõem determinada língua, facilitadoras, ou não, do projeto de encontrar as sutis diferenças dentro do terreno da causalidade.

Aponta o mencionado autor que a língua inglesa possui duas expressões distintas, cuja linha de separação, embora tênue no uso comum, permite o refinamento da abordagem no campo jurídico: *causation* e *causality*.¹⁷⁸ Da mesma forma, ao usuário da língua portuguesa estão disponíveis as expressões *causação* e *causalidade*, as quais, embora reciprocamente cambiáveis no uso ordinário, tornam possível o emprego da primeira, menos comum na prática, como um instrumento linguístico do afastamento da noção naturalística tão arraigada na segunda.

Deixe-se, porém, a distinção linguística para o momento apropriado.

Em sede de introdução, a observação acima tem por finalidade reforçar a complexidade do exame da causalidade, considerado por muitos doutrinadores como o mais intrincado problema da responsabilidade civil¹⁷⁹, especialmente na responsabilidade civil objetiva, cuja análise se afasta do modelo tradicional da responsabilidade por fatos ilícitos, no qual a identificação da fonte material do dever de indenizar, o comportamento cuja alteração no mundo físico é tido por origem da obrigação jurídica, é normalmente, mas não necessariamente, identificável de maneira mais automática e intuitiva.¹⁸⁰

Em um mundo anterior ao atual, no qual os danos submetidos à responsabilização civil geralmente envolviam atos materiais cuja relação causal empírica é intuída – casos de destruição de um bem, inundação de uma área, do fogo que se alastra sem controle, de um atropelamento, dentre outros –, a discussão se apresentava muito aquém da complexidade atual.

¹⁷⁸ “Occasionally there is in one language a single word or expression for a concept that in another language is represented by either of two different words, which are not quite synonymous. This linguistic feature indicates that there are really two different concepts, which can be confused when the former of these languages is used. The Swedish word “*kausalitet*” (or “*orsaksförhållande*”) seems in some cases to correspond to the English word “*causality*”, in other cases to the English word “*causation*”. Although even in English no consistent linguistic convention seems to exist, there are good grounds for distinguishing between these two related concepts, even though there is a connection between them” (HELLNER, Jan. *Causality and causation in Law*. Scandinavian studies in law, n. 40. 2000. Disponível em: <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-4.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019, p. 111)

¹⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Edição Kindle, posição 8934.

¹⁸⁰ BENACCHIO, Marcelo. *Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil*. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (Org.). *Responsabilidade Civil*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, v. 01, p. 223.

Ao contrário, nas hipóteses de responsabilidade pelo risco – expressão adotada em atenção à nomenclatura do art. 499 do Código Civil português, mas com a ressalva já feita da amplitude dos fatores de atribuição objetivos, irreduzíveis aos casos de risco –, o dano muitas vezes não é diretamente produzido por um comportamento do agente chamado a indenizar, nem tampouco de pessoas a ele ligadas por vínculos especiais, mas sim pela inserção do prejuízo indenizável na esfera de riscos a ele atribuída, no que podem se incluir até fatos da natureza.

Nesse contexto, a responsabilidade objetiva surge como uma resposta à nova espécie de danosidade experimentada em sociedade, cada vez mais anônima e difusa. As interações humanas não mais se processam com base na pessoalidade, mas sim por intermédio de uma cadeia de transações cujo início, meio e fim tornam-se rarefeitos. As novas tecnologias, com potencialidade de dano ainda desconhecidas, avançam em velocidade superior àquela necessária à assimilação de seus impactos.

Como exemplo tormentoso da fluidez da cadeia que une o dano ao chamado a indenizar, a jurisprudência brasileira enfrenta rotineiramente pretensões de responsabilização civil por danos morais e materiais sofridos por clientes de estabelecimentos comerciais por furtos ou roubos experimentados no estacionamento de veículos, no contexto da prestação da atividade empresarial. Aqui, é evidente não ser o fornecedor do serviço ou do produto o agente material do prejuízo, o que não impede, em certas circunstâncias, o surgimento da obrigação de indenizar, fruto da aplicação da regra de responsabilidade objetiva.¹⁸¹

Firme na ideia de que a complexidade do tema não pode ser solucionada satisfatoriamente pelas teorias tradicionais da causalidade, as quais se revelaram incapazes de garantir segurança jurídica e justiça no trato da obrigação de indenizar, há de ser destacado que a pretensão do presente trabalho se limita à discussão sobre quais as funções do nexo de causalidade e, fixado seu papel decisivo no processo de atribuição do dever de indenizar, qual critério deve conduzir sua construção e análise.

¹⁸¹ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta, como regra, para a inexistência de responsabilidade civil nos casos de roubo sofrido no estacionamento, na forma da Súmula n. 130 (“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”). Excepcionalmente, todavia, o Tribunal admite a responsabilização civil do fornecedor, quando estiver diante da estacionamentos privados, de shopping centers ou de grandes redes de hipermercados. Vide REsp 1.269.691-PB, Rel. originária Min. Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/11/2013.

2.1.1. Das funções de nexos de causalidade

Fixados os contornos do tema pela exclusão do problema probatório, há de se avançar no preenchimento do objeto de estudo.

O início não pode ser outro senão o reconhecimento de que a noção de causa viabiliza o exercício de diferentes juízos a respeito de um determinado fato. Conforme aponta Florence G'Sell, tanto no Direito, quanto na Filosofia, a ideia de causa pode ser utilizada em uma perspectiva retrospectiva, enquanto instrumento de explicação de um evento previamente ocorrido; em uma perspectiva atributiva, voltada a estabelecer a responsabilidade do agente; ou com a finalidade preditiva, com os olhos voltados àquilo que ainda não ocorreu, a partir do acúmulo de experiência sobre os fatos passados.¹⁸²

nenhuma das três perspectivas é indiferente à responsabilidade civil.

Identificar o processo causal que determinou faticamente a ocorrência do resultado já verificado é imprescindível – inclusive na proposta normativa que será defendida – para garantir ao ordenamento jurídico a necessária legitimidade social da decisão.

A perspectiva atributiva, por outro lado, ganha força e relevância dentro do contexto de massificação de danos anônimos, inseridos dentro da dinâmica de forças provocada, porém não plenamente controlada, por um agente determinado ou determinável. Por fim, se a responsabilidade civil se afastou dos limites estreitos da função reparatória para admitir também uma pretensão preventiva de danos futuros¹⁸³, é essencial a noção preditiva da causalidade.

A importância do conjunto acima, entretanto, nem sempre se revelou incontestável. Muito pelo contrário, a predominância da função descritiva, retrospectiva, atua como o pressuposto subjacente tanto das teorias tradicionais do nexos de causalidade, quanto da limitada função então confiada ao instituto.

Tal pensamento parte da premissa de que, se a função reparatória era, senão única, ao menos amplamente preponderante na responsabilidade civil, e o

¹⁸² G'SELL, Florence. *Causation, Counterfactuals and Probabilities in Philosophy and Legal Thinking*. 91 Chi.-Kent L. Rev. 503 (2016), p. 504. Disponível em: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol91/iss2/5>. Acesso em 13 de janeiro de 2020.

¹⁸³ Reconhecendo que a responsabilidade civil também possui uma finalidade preventiva, embora secundária à finalidade reparatória: JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 49 e 52.

propósito da reparação consiste na recondução da situação fática posterior àquela que seria verificada sem a ocorrência da lesão, há necessidade de um instrumento jurídico voltado a percorrer o desenrolar dos fatos, distinguindo aquilo que advém, ou não, do fato objeto de investigação.

Apenas uma vez narrada, retrospectivamente e com aptidão explanatória, o curso causal, seria possível delimitar a obrigação de indenizar.

Nesse sentido, em 1950, Francisco Manuel Pereira Coelho pontuava que as condições essenciais para o surgimento da responsabilidade civil subjetiva são duas: um fato que viole ou ofenda os direitos de outrem e a existência de um ou vários prejuízos.

Todavia, diante da possibilidade de ocorrência de múltiplos e indefinidos prejuízos decorrentes de um determinado evento – cuja ampla recondução ao lesante desbordaria dos limites da reparação –, surge a necessidade de definir quais desses podem ser tidos por causados pelo comportamento, pois nem todos os prejuízos compõem o dever de indenizar. Nesse contexto, “o nexos de causalidade [...] é justamente essa particular relação *quae inter est* entre facto e prejuízo”¹⁸⁴, sendo sua finalidade apenas definir os limites da obrigação de indenizar.

A identificação do nexos causal exclusivamente com a função de promover o liame entre um fato, desde antes qualificado como lesivo, e o dano também é reconhecida pela doutrina brasileira, que incorretamente vê no instrumento um modo de distinguir entre mero prejuízo e dano juridicamente remediável.¹⁸⁵

O nexos causal, portanto, teria por incumbência apenas promover a delimitação da obrigação de indenizar – estabelecendo seus contornos e expurgando prejuízos remotos –, diante da já previamente definida distribuição dos papéis entre os sujeitos da obrigação de indenizar: lesante e lesado. Nessa visão tradicional, o nexos de causalidade apenas instrumentalizaria o cumprimento do princípio da reparação integral, por meio da identificação dos prejuízos ligados ao fato lesivo, fruto de um juízo hipotético de reconstrução da cadeia de eventos iniciada com o evento lesivo.

¹⁸⁴ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O nexos de causalidade na responsabilidade civil*. Coimbra: 1950. Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 7.

¹⁸⁵ BENACCHIO, Marcelo. *Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil*. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (Org.). *Responsabilidade Civil*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, v. 01, p. 210.

Não se está a negar, atente-se, que o nexo de causalidade possui a relevante tarefa de identificar os prejuízos reparáveis, especialmente no caso de sistemas de grande cláusula geral, a exemplo do brasileiro, no qual, ao contrário do sistema português, inexistente uma prévia definição dos interesses tuteláveis pela responsabilidade civil.¹⁸⁶

Entretanto, para além da função de delimitação, não se pode falar em fato lesivo antes de se estabelecer um nexo, um vínculo, entre determinado fato ou atividade – ainda não qualificado como lesivo – e determinados resultados constatados no mundo fático. A adjetivação como lesivo pressupõe um juízo de valor sobre um fato, a envolver a correlação entre ele e o prejuízo reparável.

Dessa forma, ganha força a aceitação da ideia de que o nexo causal possui dupla função: identificar o responsável pela obrigação jurídica de reparar o dano e delimitar a extensão de sua responsabilidade, e não mais apenas a última.¹⁸⁷ A causalidade, em sua primeira função, é exatamente o elemento capaz de reconduzir o dano ao comportamento ou atividade praticada pelo potencial lesante.¹⁸⁸

Conforme aponta Juan Manuel Prevot, “uma coisa é, então, usar a causalidade com o objetivo de imputar o evento prejudicial a um sujeito (a causalidade como uma exigência autônoma de responsabilidade) e outra é usar a causalidade para determinar a extensão da reparação (a causalidade como um complemento). No primeiro caso, a pergunta é respondida, quem causou o dano? (etapa do *an debeatur*). Enquanto no segundo, a pergunta é respondida, quanto a pessoa responsável deve pagar? (etapa do *quantum respondeatur*)”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ LEITÃO, Adelaide Menezes. *Ressarcimento dos danos puramente patrimoniais no confronto entre os sistemas de common law e continentais*. In *Desafios da nova responsabilidade civil*, org. Barbosa, Mafalda Miranda; Rosendal, Nelson; Muniz, Francisco. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 22.

¹⁸⁷ No mesmo sentido, afirma Sinde Monteiro: “Entende-se normalmente que o nexo de causalidade desempenha uma dupla função: por um lado, é pressuposto ou condição do nascimento de uma obrigação de indemnização; por outro lado, cabe-lhe também a função de estabelecer um limite para a reparação.” (MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Sobre uma eventual definição da causalidade nos projectos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil*. Revista de Direito do Consumidor. ano 20. vol. 78. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2011, p. 172)

¹⁸⁸ “Daqui que, segundo as correntes mais modernas, no nexo de causalidade o problema não seja substancialmente o da medida da reparação, mas antes o da questão prévia da possibilidade de imputação de um resultado danoso ao agente” (LEITÃO, Adelaide Teles de Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 632).

¹⁸⁹ PREVOT, Juan Manuel. *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, n. 15, diciembre, 2010, p. 146 (tradução nossa). Igualmente reconhecendo a dupla função do nexo de causalidade: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

A perspectiva multifacetada do nexo causal é igualmente reconhecida pela mais atual doutrina brasileira¹⁹⁰, que aponta ser tarefa do instrumento, ao mesmo tempo, “identificar o responsável por reparar o dano” e servir de mecanismo “limitador do *quantum* indenizatório”.¹⁹¹

De fato, a danosidade moderna não se satisfaz com a descrição do conjunto de elementos que constitui, faticamente, a cadeia de eventos que culminou no prejuízo indenizável, especialmente na seara da responsabilidade civil objetiva. Muito mais importante é a tarefa atributiva, imputacional, confiada à causalidade.

Tomando de empréstimo alguns dos casos concretos que instigam o estudioso do tema, e provocam controvérsia na jurisprudência, quando diante da inaceitável situação dos assédios sexuais sofridos por mulheres no contexto do uso do transporte coletivo, figurando a concessionária de transporte público como ré, inexistem maiores dúvidas sobre a descrição dos elementos que provocam, concretamente, a lesão ao direito de personalidade: o ato do assediador provoca o prejuízo extrapatrimonial sofrido pela vítima, e não o ato de transportar.

Entretanto, isso não impede as Cortes de, com base em perspectivas diversas sobre a função atributiva da responsabilidade civil, condenar, ou não, a concessionária de serviços públicos.¹⁹²

Ciente da complexidade da questão – que comumente é apresentada como “angustiante” e “enigmática”¹⁹³ –, aprofundar o estudo das verdadeiras funções do nexo de causalidade é tarefa não apenas imprescindível, mas urgente.

Isso porque a doutrina é uníssona ao apontar a ausência de previsibilidade e segurança jurídica nos julgamentos envolvendo a responsabilidade civil, particularmente em decorrência da atecnia reinante no emprego das diversas teorias sobre a causalidade no Direito. Não por outro motivo, a doutrina brasileira chega a

¹⁹⁰ Conforme observado pelo Ministro da Suprema Corte brasileira, Edson Fachin, ao concordar com a dupla função do instituto, “o nexo de causalidade é pressuposto essencial não apenas para a configuração do dever de indenizar, mas também para a formulação dos parâmetros que servirão de esteio na fixação do *quantum* indenizatório” (FACHIN, Luiz Edson. *Nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil*. In: FACHIN, Luiz Edson. Soluções práticas de direito: pareceres – contratos e responsabilidade civil. São Paulo: RT, 2011, v.1, p. 368).

¹⁹¹ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 57.

¹⁹² No Superior Tribunal de Justiça, em sentido favorável e contrário à condenação, respectivamente: REsp 1747637/SP, de 25/06/2019, e REsp 1748295/SP, de 13/12/2018.

¹⁹³ PREVOT, Juan Manuel. *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, n. 15, diciembre, 2010, p. 145.

qualificar a jurisprudência de “babel de julgados”¹⁹⁴, tamanha a incerteza sobre a teoria adotada.¹⁹⁵

Por outro lado, não são poucos os doutrinadores a defender a impossibilidade de construção de um critério amplamente válido para a solução dos problemas envolvendo o nexo de causalidade.¹⁹⁶ A causalidade seria, desta forma, um terreno confiado ao prudente arbítrio do magistrado, a quem competiria identificar qual teoria validaria os resultados adequados à solução do conflito concretamente posto à apreciação¹⁹⁷, ainda que posteriormente outra teoria fosse invocada para resolver ao caso seguinte.

O nexo causal, conseqüentemente, perde assim sua natureza dogmática – de elemento robustecido pela previsibilidade que se espera de uma construção acadêmica –, para servir de instrumento retórico de legitimação de um raciocínio previamente construído.

Na doutrina italiana, Paolo Forchielli afirma que o fato de a causalidade ser um dado da vida, experimentado por todas as pessoas na sua atuação cotidiana – pois, ao dirigir um veículo, arremessar um objeto ou simplesmente despejar um café na xícara, o ser humano é submetido às leis causais do mundo natural –, contribui para a tendência do jurista de resolver os temas que lhe são propostos com base em sua consciência, alicerçado na percepção subjetiva dos eventos que decorrem, ou não, de um determinado fato.¹⁹⁸

Não se pode, todavia, admitir tal estado de coisas.

¹⁹⁴ NOVAES, Domingos Riomar. *Nexo causal como realidade normativa e presunção de causalidade na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 80.

¹⁹⁵ O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, ignora a oportunidade de fixar a teoria considerada correta, para, ao contrário, apontar uma suposta indistinção entre as teorias. Nesse sentido: “Qualquer que seja o suporte doutrinário invocado para justificar a atribuição a alguém (inclusive ao Poder Público), da responsabilidade civil – teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada –, o fato é que [...] faz-se necessário a verificação de uma relação, ou um liame, entre o dano e o causador [...]” (AgRg no RE 481.110, Ministro Celso de Mello).

¹⁹⁶ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 111.

¹⁹⁷ Schreiber aponta que a incerteza sobre os critérios que governam o nexo de causalidade finda por permitir ao magistrado a escolha da teoria adequada à intenção de viabilizar a tutela da vítima (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66).

¹⁹⁸ FORCHIELLI, Paolo. *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1960, p. 6.

Na verdade, a excessiva fluidez com que se maneja a causalidade, a longo prazo, longe de servir de instrumento de tutela da vítima, finda por ser combustível das teorias contrárias à ampliação da proteção jurídica no campo dos danos.

A situação atual de anarquia no emprego do nexo causal muito contribui para as tentativas de desacreditar o projeto de expansão da responsabilidade civil, tentativas manifestadas especialmente no empregado da pejorativa expressão “indústria do dano moral”.¹⁹⁹

Buscam os críticos promover uma associação entre o fenômeno da expansão dos danos indenizáveis – no qual surge com particular relevância o postulado da dignidade da pessoa humana, como ponto de convergência de uma série de novas tipologias de danos – e a flexibilização das regras que governam a atribuição do dever de indenizar, cuja sinergia produziria consequências nefastas para o sistema.

Impossível, entretanto, negar a pertinência da crítica, cujo equívoco repousa não na identificação do problema, mas sim no risco de abrir terreno para o fortalecimento do projeto de estabelecer um freio na justificada trajetória de expansão da responsabilidade civil.

Como aponta Schreiber, a ampla discricionariedade dos Tribunais no trato do nexo de causalidade e na consequente fixação do dever de indenizar gera um efeito negativo sobre a capacidade do sistema de induzir prevenção – pois o potencial ofensor sequer reconhece em que situações seria condenado, permitindo, assim, ajustar sua conduta futura –, ao tempo em que fomenta a litigância exagerada das vítimas, cujos prejuízos não necessariamente correspondem à presença de um dano indenizável.²⁰⁰

Mas não apenas a pouca atenção com a aplicação dogmática do nexo de causalidade é um problema. As principais teorias do nexo causal são contemporâneas à época do predomínio praticamente incontestável do paradigma da culpa, estando desconectadas da espécie de contato que marca a sociedade atual. No contexto anterior, a identificação do responsável seria função apenas do fator de atribuição

¹⁹⁹ <https://www.conjur.com.br/2009-fev-15/industria-indenizacao-banaliza-direito-dano-moral>

²⁰⁰ Em suas palavras, “a liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexo causal estimula pedidos de reparação, fundados mais na desgraça da vítima, que em uma possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável. Fala-se, neste sentido, em vitimização social ou *blame culture*”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78/79).

subjetivo, cujo foco de preocupação, por sua vez, reside não na identificação do autor do fato, mas sim na avaliação de seu comportamento, restando ao nexo de causalidade a delimitação da indenização.

As teorias tradicionais do nexo causal, portanto, não foram pensadas para a responsabilidade civil objetiva.²⁰¹

Ao contrário da responsabilidade civil subjetiva – fundada na aplicação de um juízo de ilicitude e censura sobre um comportamento identificável do agente –, a responsabilidade civil objetiva tem seu âmago na análise de se “a origem dos danos se localiza na zona de risco normalmente definida”²⁰², zona de risco esta que abrange não apenas o comportamento direto do potencialmente chamado a indenizar, mas também o comportamento de terceiros, fatos da natureza e até a autocolocação em risco da vítima, independentemente de qualquer análise da preterição culpável dos deveres de cautela. Reclama-se, portanto, uma nova compreensão da causalidade.

Há de se garantir que a expansão dos danos tuteláveis e a facilitação do reconhecimento do dever de indenizar – seja pela ampliação das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, seja pela flexibilização das regras probatórias em relação à demonstração dos fatos – ocorra *pari passu*, lado a lado, com a construção de um renovado modelo de responsabilidade civil, no qual predomine o emprego de um critério seguro de nexo de causalidade, apto a fundamentar corretamente a obrigação de indenizar e de delimitar razoavelmente sua extensão.

Somente assim poderá ser afastada a discricionariedade judicial excessiva e o risco de injustiça dela inerentemente decorrente, que tanto comprometem a aplicação prática da responsabilidade civil objetiva, conferindo maior previsibilidade ao sistema.²⁰³

2.1.2. Da insuficiência das teorias tradicionais do nexo de causalidade

A assertiva no sentido da necessidade de renovação da discussão sobre a causalidade pressupõe a prévia exposição das teorias até então construídas para

²⁰¹ ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade*. Diálogos sobre Direito Civil. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 431.

²⁰² CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24.

²⁰³ PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 158.

abordar o tema, com a descrição dos caminhos por elas adotados para estabelecer o liame causal e as respectivas falhas.

A exposição crítica das teorias findará por demonstrar que o hiato entre sua idealização abstrata e a aplicação prática decorre não apenas da eventual incompreensão dos conceitos pelo aplicador do Direito – algo comum a qualquer campo do saber jurídico, em que institutos e teorias são muitas vezes aplicados em desarmonia com seu projeto original –, mas especialmente por sua incapacidade de sustentar decisões teoricamente válidas e socialmente legítimas, mesmo que respeitada a construção teórica.

Na realidade pulsante da dinâmica jurisdicional, o descompasso entre teoria e prática é resolvido a favor da última: submetido à opção entre adotar uma decisão inaceitável para a solução do caso, mas coerente com os postulados teóricos da linha retoricamente invocada como razão de decidir, ou eleger uma solução tida por adequada, mesmo que em descompasso com a teoria, o magistrado normalmente decide-se pela última.

Para tanto, costuma-se torcer, dobrar, a teoria, para que a solução escolhida caiba, ao menos aparentemente, retoricamente, na concepção invocada.

Nesse contexto, o eixo do problema não se manifesta na solução final adotada pelos Tribunais – reconhecendo, ou não, o dever de indenizar a partir da análise do nexo causal –, pois em grande maioria as decisões resolvem adequadamente os casos postos à apreciação, atribuindo o dever de indenizar dentro do espaço juridicamente legítimo. O vício, ao contrário, repousa no anárquico caminho adotado para alcançar tal solução, insuscetível de prévio controle e alheio à imprescindível previsibilidade que deve governar o ordenamento jurídico.

As teorias tradicionais, com suas construções baseadas na pretensão de reconstruir abstratamente o desenrolar dos fatos – embora sob perspectivas diferentes entre si –, são, nessa toada, parte do problema, e não da solução.²⁰⁴

²⁰⁴ Nas precisas palavras da professora Mafalda Miranda Barbosa, “a realidade tem-se mostrado fecunda em suscitar casos que evidenciam a falência dos quadros tradicionais no que respeita à causalidade. Não raras são, na verdade, as hipóteses em que os critérios usualmente mobilizados se mostram imprestáveis para cumprir o desiderato do jurista: encontrar uma solução que se mostre normativamente fundada e materialmente adequada” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 41).

Em trabalho seminal sobre o tema, Hart e Honoré distinguem as teorias adotadas no modelo de *civil law* entre teorias generalizadoras e teorias individualizadoras.²⁰⁵

As primeiras estariam ligadas à noção de regularidade causal, à existência de uma conexão geralmente observada entre um fato e uma determinada espécie de evento. A qualificação de um evento como causa, portanto, não decorre de uma qualidade distintiva intrínseca do fato tido por desencadeador do fluxo de eventos, mas sim de um conjunto de experiências apto a justificar a identificação de um vínculo de continuidade entre fatos e consequências. É desta espécie a teoria da causalidade adequada.

Ao contrário, as teorias individualizadoras partem das características especiais de um determinado fato, aptas a distingui-lo das demais condições com a qualificação de causa. Não é a constância do liame causal o ponto principal, mas sim certo atributo do fato o ponto mais importante, que o individualiza.

Para os mencionados autores, “as próprias teorias individualizadoras se dividem em dois tipos principais: a primeira delas, as teorias da ‘necessidade’, insistem não apenas que ‘ser uma causa’ é um atributo intrínseco de eventos particulares, mas que, se um evento é genuinamente uma causa, necessariamente produzirá seu efeito, por causa de sua própria natureza”.²⁰⁶ Encontra-se aqui a teoria da *conditio sine qua non*.

O segundo tipo de teoria individualizadora consistiria na teoria da causa eficiente, que converge com a teoria da condição necessária pelo distanciamento da noção de regularidade, mas diverge desta “ao permitir que eventos possam possuir eficácia causal em graus ou proporções variados. Uma causa, para ser uma causa, deve, como um ato ou evento específico, ser eficiente”.²⁰⁷ A qualidade especial, aqui, envolve um juízo sobre a potência do fato, tido por particularmente capaz de impulsionar o curso dos eventos.

A distinção das teorias continentais entre generalizadoras e individualizadoras fez escola, sendo igualmente utilizada por outros doutrinadores. Todavia, o significado originalmente adotado por Hart e Honoré não costuma ser observado, sendo mantida apenas a nomenclatura.

²⁰⁵ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 433.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 434 (tradução nossa).

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 434 (tradução nossa).

De fato, autores de tradição romano-germânica costumam identificar a teoria generalizadora com a ausência de distinção entre causa e condição, a partir da ideia de que “geral” seria a teoria que considerasse como causa todos os eventos sem os quais o resultado não teria ocorrido como ocorreu. A generalização não consistiria, portanto, em um juízo sobre o vínculo causal, sobre a sua regularidade, mas sim sobre os fatos que participam do desenrolar do evento.

Seria o caso da teoria da equivalência das condições causais, também chamada de *conditio sine qua non*, considerada por Hart e Honoré, pelo contrário, como uma teoria individualizadora.²⁰⁸

Por outro lado, ainda em relação aos autores da tradição continental, as teorias individualizadoras seriam marcadas exatamente por estabelecer um determinado critério para identificar, individualizar, causa e condição, seja este critério a adequação, a eficiência ou a proximidade.²⁰⁹

A despeito da divergência sobre o critério adequado para classificar as teorias do nexo causal, ambas as acepções partilham do ponto de partida de que a causalidade deve estar focada no aspecto naturalístico, empírico, do desenrolar causal, e não em um juízo normativo.

A classificação das concepções de causalidade apenas dentre as duas categorias acima não esgota a questão, pois o ponto em comum entre elas – a ideia de que abordam a causalidade a partir de um juízo sobre o mundo empírico – é exatamente o que impõe a abertura da discussão para uma terceira via, focada na perspectiva atributiva da causalidade.

Daí decorre a importância de analisar não apenas as teorias tradicionais – condição necessária; dano direto e imediato; causa eficiente e próxima; e causalidade adequada –, mas também avançar para as propostas mais modernas de abordagem do tema, a exemplo do algoritmo NESS (*necessary element of a sufficient set*), da teoria do escopo da norma violada e, especialmente, da teoria da imputação objetiva, também denominada de teoria do risco.

²⁰⁸ PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 319.

²⁰⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *La relación de causalidade en la responsabilidad extracontratual*. Revista Latinoamericana de Derecho. Año 1. n. 1. Janeiro – Junho, 2004, pp. 358. No mesmo sentido, MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 138.

Mencionada análise, importante na responsabilidade civil subjetiva, apresenta-se imprescindível na responsabilidade civil objetiva.

Conforme exposto no capítulo primeiro, a legalmente denominada responsabilidade pelo risco, ao não exigir a violação de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção, tampouco um juízo de censura corporificado na culpa, possui filtros de seleção de indenizabilidade menos evidentes.

De fato, a responsabilidade civil objetiva abrange situações nas quais a relação direta entre agente potencialmente chamado a indenizar e dano não é imediata, perceptível pelos sentidos como uma noção de causa e efeito empírica.²¹⁰

As soluções acima são corretas, mas impõem uma nova abordagem na seara da causalidade, pois sua enunciação já torna patente o distanciamento com a relação puramente fática de causalidade. Nos exemplos dados, não são os responsáveis os autores fáticos da conduta lesiva.

Cresce, em consequência da ampliação do critério objetivo, o risco de discricionariedade judicial, pois os requisitos necessários à constituição desta modalidade de obrigação de indenizar, até pela sua recente ascensão no século XX – quando comparado com a longa tradição do modelo subjetivo –, ainda não estão plenamente arraigados no raciocínio jurídico.

Esta constatação reforça a necessidade, especialmente quando da solução de casos envolvendo a regra objetiva, de uma argumentação mais robusta, coerente e detalhada, especialmente na questão causal.²¹¹

O reconhecimento dessa necessidade, entretanto, raramente é compartilhado pela doutrina.

Pelo contrário, o interesse atual da doutrina civilista, particularmente no Brasil, consiste exatamente no projeto de tornar cada vez mais fluidos os critérios que orientam a formação do dever de indenizar, com a finalidade declarada de ampliar a tutela do ofendido.²¹² A coerência dogmática cede diante do projeto de ampliação pouco criteriosa dos danos indenizáveis.

²¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Prueba de la causalidad en pleitos de daños y "pérdida de oportunidad"*. In *Derecho de Daños*, Madrid: Sepin, 2011, p. 197.

²¹¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *Teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12/2017, Jul - Set, 2017, p. 130.

²¹² Como exemplo, Malheiros propõe a superação dos critérios tradicionais da responsabilidade civil e sua substituição pela chamada "formação da circunstância danosa" (FROTA, Paulo Malheiros da

São diversas as razões que sustentam esse intento, confessadas ou implícitas.

De um lado, a superação dos regimes autoritários ao longo das décadas finais do século passado, em Portugal e no Brasil, redundou na adoção de programas constitucionais lastreados na ideia da dignidade da pessoa humana, como bem simbolizado pelo destaque conferido ao postulado na ordem de apresentação das prescrições das novas Cartas – art. 1º da Constituição portuguesa e art. 1º, III, da Constituição brasileira –, a indicar solenemente ser este o alicerce sobre o qual fundada a nova ordem jurídico-política.

De outro, conforme apontado em capítulo anterior, o movimento de renovação axiológica da sociedade, cada vez mais firme no dissenso com a existência de prejuízos não reparáveis, evidenciado na não aceitação da ideia de que o infortúnio faz parte do convívio social, encontra eco na responsabilidade civil, que supostamente atuaria com vistas a garantir sempre a proteção da vítima, do prejudicado, em visão míope do fenómeno.

O contexto normativo é também influenciado pela constatação de que, ao longo do século XX, ganhou força a ideia de um Estado intervencionista, vocacionado a regulamentar diversas searas da vida em sociedade.²¹³

Entretanto, máxime em um país de economia periférica e notórios déficits socioeconômicos como o Brasil, a previsão normativa de regulamentação dificilmente encontra espelho na realidade, dada a incapacidade do aparato estatal de promover uma adequada fiscalização da regulamentação por ele mesmo imposta.

Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 30). Por outro lado, Altheim defende que a solução dos casos envolvendo responsabilidade civil seja promovida não pela observância de uma teoria abstratamente construída, com requisitos preestabelecidos e um determinado “roteiro” de análise, mas sim pela lógica tópico-indutiva, partindo do caso concreto para construir a solução adequada pontualmente, pelo eleição do interesse prevalecente dentre as pretensões em conflito (ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexos de causalidade*. Diálogos sobre Direito Civil. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 434).

²¹³ Como apontado por Rui Ataíde, “a Administração tornou-se multiforme, pois além das funções clássicas de assegurar a justiça, ordem e segurança públicas, realiza prestações aos particulares, direta (subsídios, bolsas, coparticipações) ou indiretamente (garantindo o funcionamento de importantes serviços públicos, como é o caso dos subsistemas de ensino, saúde e transporte) e dirige a vida coletiva, segundo os critérios constitucionais, definindo os parâmetros que ordenam a fisiologia dos processos sociais, das atividades econômicas, do urbanismo e ordenamento do território e da proteção ambiental, veiculando, no seu conjunto, o propósito estatal de moldar a sociedade através do Direito” (ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 159/160).

Nesse vazio, a responsabilidade civil converte-se em sucedâneo não confessado da seara administrativa, observação particularmente importante no campo consumerista, proporcionalmente o setor mais relevante na aplicação da responsabilidade objetiva.²¹⁴

Isso porque, não sendo a Administração plenamente capaz de dar cumprimento aos comandos das normas de defesa do consumidor, as demandas judiciais envolvendo pretensões de responsabilização civil passam a ser enxergadas como uma oportunidade de, por meio da constituição jurisdicional da obrigação de indenizar, reparar um dano que se pretendia evitar com a regulação e, assim, servir de estímulo para a observância do regulamento, prevenindo futuras demandas.²¹⁵

Ou seja, diante da percepção de que as medidas de controle normativamente fixadas não são devidamente fiscalizadas, o surgimento do dano é tido como um indício de que algo de errado ocorreu, o que deve ser reparado.

Em paralelo, diante do descompasso entre a situação financeira da vítima – em grande maioria, mero consumidor final – e a maior, embora nem sempre presente, capacidade patrimonial das entidades empresárias, ganha relevo uma não confessada utilização da responsabilidade civil como instrumento de correção de desigualdades sociais, por meio da redistribuição de rendas no contexto da reparação do dano.

O conjunto alhures serve de arrimo para a ausência de critérios no manejo da responsabilidade civil, mais preocupada em alcançar o resultado previamente estabelecido de distribuir o prejuízo do que com o respeito aos critérios que definem, precisamente, se o afetado deve, ou não, ser juridicamente qualificado como vítima de uma lesão reparável.

Não se ignora, deixe-se claro, que a doutrina sempre tempera o discurso favorável à tutela da vítima com a edificação de novos critérios de seleção das demandas, pois indiscutível ao estudioso que os critérios tradicionais não mais se apresentam como suficientes.²¹⁶ Entretanto, o foco na primeira parte do discurso é de

²¹⁴ Segundo o relatório publicado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro (Justiça em Números), as ações de responsabilidade civil nas relações de consumo são a segunda categoria de ações mais ajuizadas na Justiça Estadual, enquanto as ações que pleiteiam dano moral fora da seara consumerista são a quarta espécie de demanda mais numerosa (<https://www.cnj.jus.br>).

²¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8/2016, Jul - Set, 2016, p. 116.

²¹⁶ Por exemplo, apoiada na doutrina italiana, Gisela Sampaio reforça a necessidade de o dano receber o atributo de injusto (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*.

tal forma proeminente, permeando toda e qualquer fundamentação sobre a moderna responsabilidade civil, que a prática jurídica compreende os critérios e requisitos da obrigação de indenizar – clássicos ou modernos – como obstáculos superáveis, etapas a serem vencidas para atingir o objetivo final.²¹⁷

Exatamente para impedir a deturpação do relevante projeto de ampliação da tutela da vítima, há de ser reforçada a função dos paradigmas teóricos da responsabilidade civil, em particular pela construção de um novo modelo de nexo de causalidade.

Aqui, não se ignora a posição doutrinária no sentido de que a causalidade não pode ser limitada à uma única teoria, apta a resolver sozinha todo e qualquer problema de imputação.²¹⁸ De fato, a infinidade de situações potencialmente danosas e a diferença do regramento legal sobre os diferentes fatores de atribuição do dever de indenizar moldam a face da causalidade.

Conforme afirmado por Jan Hellner, ao investigar se existe um elemento único no manejo da causalidade no mundo do Direito, “a conclusão é que ‘causalidade para o Direito’ não é um fenômeno uniforme e que difere de acordo com o contexto, dentro dos limites estabelecidos pelos requisitos fundamentais de causalidade e causação”.²¹⁹

Portanto, não se pretende sustentar uma teoria única para a solução da investigação da causalidade em todos os domínios do Direito – e muito menos nos campos alheios ao paradigma jurídico, mas que também compartilham as discussões

Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17). Por outro lado, Schreiber afirma ser necessário promover a ponderação de interesses (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 189).

²¹⁷ Em relevante ponderação, apta a ser estendida da responsabilidade estatal para qualquer área da responsabilidade civil, afirma Gustavo Tepedino: “nem mesmo a caótica intervenção do Estado em áreas sociais críticas – como saúde, transporte, segurança pública – autoriza o superdimensionamento do dever de reparar para a promoção de justiça retributiva entre particulares. Tão grave quanto a ausência de reparação por um dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo-se do agente uma nova vítima” (TEPEDINO, Gustavo. *Editorial*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. vol. 24. Rio de Janeiro: Padma, 2004).

²¹⁸ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 201. Em igual sentido, REINIG, Guilherme Henrique Lima. *Teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12/2017, Jul - Set, 2017, p. 121.

²¹⁹ HELLNER, Jan. *Causality and causation in Law*. Scandinavian studies in law, n. 40. 2000. Disponível em: <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-4.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019 (tradução nossa), p. 134.

de causalidade –, mas sim defender a existência de uma solução teórica adequada para a específica hipótese da responsabilidade civil objetiva, qual seja a teoria da imputação objetiva, de caráter normativo.

A compreensão e aplicação adequada da teoria acima é instrumento essencial para que a expansão da responsabilidade objetiva não se converta em panaceia de todo e qualquer prejuízo socialmente experimentado, garantindo que a atribuição objetiva do dever de indenizar seja legítima.

Serve, aqui, a colocação do colombiano Maximiliano Calle: “é ao falar de responsabilidade sem culpa onde é ostensível a necessidade de formular teorias causais que sigam além da constatação empírica da causalidade física”.²²⁰

A inovação, portanto, é essencial.

2.2. Do pano de fundo das teorias tradicionais da causalidade

Causalidade é tema comum a praticamente todos os campos do saber. Desde a filosofia, passando pelas ciências exatas – como a física e a matemática – e alcançando as ciências biológicas, a medicina e a psicologia, o entendimento sobre a relação entre eventos, a identificação da lógica que governa o desencadear de fatos, é premissa essencial para o avançar do conhecimento.

Nesse contexto, reconhecer que as premissas sobre as quais se assenta a concepção mesma de causalidade foram construídas fora do Direito, e só posteriormente transportadas para o campo jurídico, é etapa prévia essencial para compreender as falhas que corroem as teorias jurídicas tradicionais sobre o nexo causal desde sua origem, desde sua concepção.

De um ponto de vista mais amplo, a transposição da concepção de causalidade de outros campos do conhecimento está inserida em um contexto ainda maior, de hegemonia do método científico das ciências naturais, cuja influência transbordou sua fonte para banhar também as ciências sociais.

Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “o modelo de racionalidade que preside a ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século

²²⁰ CALLE, Maximiliano A. Aramburo. *Responsabilidad civil y riesgo em Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoria del riesgo em el siglo XXI*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 38, n.108, Jan – Jun, 2008, p. 44 (tradução nossa).

XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes”.²²¹

De fato, as descobertas científicas no campo das ciências naturais, especialmente com Copérnico, Galileu e Newton, estabeleceram a base sobre a qual repousa a própria ideia de conhecimento científico desde então. Sob alguns aspectos, a própria ideia de conhecimento foi ressignificada, pois a proeminência das ciências exatas findou por tornar essa espécie do gênero do conhecimento quase como sua representante única, seu paradigma, estabelecendo a moldura à qual tinham de se adequar as demais formas do saber.

A concepção de causa no Direito não escapou do contexto acima, sendo tributária da revolução científica e do racionalismo²²², com seu apego pela experiência prática, construída a partir da percepção sensitiva, que se assenta sobre fatos materiais, e não diretamente na abstração do raciocínio.

O penalista Carlos Constantino observa que, no campo da causalidade, o movimento cientificista alijou do centro da discussão a concepção de imputação hegeliana, fortalecendo, a partir da segunda metade do século XIX e por força do pensamento positivista de August Comte, o procedimento experimental das ciências naturais. Diz o autor: “assim, o mundo vivenciou um grande avanço nas ciências da Natureza e os penalistas não tardaram em substituir o conceito de imputação (que é puramente jurídico) por um conceito extraído da Física: o de causalidade”.²²³

De fato, para que as soluções juridicamente adotadas recebessem a chancela de racionais – e não mero ato de arbítrio, aleatório e insuscetível de verificação –, o movimento cientificista exigia do jurista uma postura neutra em relação aos elementos que compunham cada instituto – separados e classificados de maneira estanque e hermética –, o que, na identificação dos fatos sobre os quais incidiria a

²²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 20/21.

²²² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8/2016, Jul - Set, 2016, p. 124.

²²³ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva, no âmbito do Direito Penal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.12, n.1, jul. 2017, p. 42.

norma, envolvia respeitar a noção científica de causa abraçada pelas ciências naturais.²²⁴

Não é de se espantar, portanto, que mesmo atualmente persistam vozes no sentido de que a causalidade, em si mesma, é tema cuja investigação envolve apenas e exclusivamente critérios extrajurídicos, cabendo ao Direito apenas reconhecer o curso causal definido pelos critérios científicos e, sobre eles, promover ajustes e limitações com base em seus próprios parâmetros.²²⁵

Considera-se, assim, a causalidade como um simples dado da realidade, e não uma categoria lógico-jurídica, razão pela qual ao jurista compete apenas apreciar a pertinência normativa do fluxo causal antecipadamente constatado por critérios científicos, fáticos.²²⁶

Não se pode, entretanto, chancelar dita opinião, pois ela ignora a particular finalidade que deve governar o raciocínio jurídico, sem dúvida fortemente influenciado, mas nunca limitado, à perspectiva empírica.

Embora seja certa a afirmação de que a causalidade é categoria do ser, do apanhado de fatos e eventos que ocorrem independentemente de sua importância para o Direito, que sobre ele apenas incide, é igualmente indiscutível que, ao incidir, a norma seleciona determinados aspectos de cada fato, juridicizando-os.

Ou seja, o jurista não está necessariamente atrelado à reconstrução causal do mundo natural identificada pelas ciências naturais, podendo e devendo promover associações insustentáveis sob os critérios científicos, desde que compatíveis com as finalidades da regulação jurídica, vide a imputação de resultados a omissões, as quais nada provocam no mundo do ser.

O conceito científico de causalidade²²⁷, destarte, foi transportado para o Direito sem maiores reflexões sobre a inconsistência dos resultados que seriam alcançados.

²²⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal*. Revista dos Tribunais, vol. 849/2006, Jul, 2006, p. 435.

²²⁵ PREVOT, Juan Manuel. *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, n. 15, diciembre, 2010, p. 171.

²²⁶ FORCHIELLI, Paolo. *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1960, p. 9. No mesmo sentido, afirmando que a causalidade é apenas uma categoria do ser, e não do dever-ser: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 412.

²²⁷ No terreno da física, a concepção newtoniana é decisiva, sendo a base da mecânica clássica, campo que estuda a relação entre forças e movimento. Newton baseava sua concepção na ideia de que os processos são determinados por forças exteriores ao objeto, com rotas de deslocamento aptas a ser

Outro campo do conhecimento em que o Direito buscou referência sobre a causalidade é a filosofia, cujo prestígio influenciou decisivamente as concepções jurídicas.

Impera, no campo filosófico, a pluralidade de concepções sobre o fenómeno causal. Isso porque, “do ponto de vista filosófico, considera-se que a causação está presente em todo o lado”.²²⁸ As diferentes acepções de causa, entretanto, não representam visões necessariamente excludentes, mas sim apenas pontos de vistas diversos sobre o liame entre eventos, razão pela qual nenhuma das teorias está livre de objeções.

Zubieta afirma que o senso comum, a visão do leigo sobre o fenómeno causal, influencia o pensamento do filósofo, ao estabelecer dois pontos de partida tidos por inexoravelmente ligados ao fenómeno causal.²²⁹ Fugir de tais pontos de partida equivaleria a negar a forma intuitiva de conceber uma sequência de eventos.

De um lado, a ideia de que uma causa faz a diferença (*make a difference*) no curso dos eventos – ou seja, a ideia de que as coisas seriam distintas se o evento tido por causa não tivesse ocorrido –, o que se manifesta em concepções contrafactuais – se a causa não tivesse ocorrido, o resultado não teria ocorrido – ou em concepções probabilísticas – a causa aumenta a probabilidade do efeito.

De outro, a noção de que a causa atua como uma espécie de receita para o desenrolar de um efeito, meio para o atingimento de certos fins, seja esse fim evitar ou provocar o surgimento do efeito. As causas, nesse contexto, são mecanismos de manipulação da realidade, servindo também como prova dos efeitos (se *c* é causa de *y* e *c* ocorreu, ocorrerá *y*).

Na filosofia, os pontos de partida acima são parte das duas correntes clássicas de apreciação da causalidade: uma visão dedutiva e abstrata, tributária do raciocínio platónico, que enxerga a causa como “a razão ou o motivo para a produção

precisamente identificadas no espaço e no tempo, por meio de processos de ação e reação. Na mecânica newtoniana, movimento é o produto da aplicação de uma determinada força externa, que altera a situação de equilíbrio a qual, normalmente, se encontra submetido um objeto, identificáveis empiricamente, sendo a ação das forças e a reação que elas provocam um dado apto a ser sensivelmente apreendido (BUNGE, Mario. *La causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997, p. 34).

²²⁸ PEREIRA, Rui Soares. *Pressupostos filosóficos e científicos do nexo de causalidade*. Lisboa: Editora AAFDL, 2017, p. 16.

²²⁹ ZUBIETA, Rogélio Arturo Bárcena. *La causalidad en el derecho de daños*. 336p. Tese (Programa de Doctorado en Turismo, Derecho y Empresa) – Universidad de Girona, 2012, p. 10.

do efeito”²³⁰; outra visão com foco empírico, enxergando na causa a relação de uniformidade e constância entre determinados fatos e certos efeitos.

Ambas as concepções possuem como ponto de inflexão as investigações de David Hume, filósofo do século XVIII.²³¹ Isso porque o filósofo – com a pretensão de fornecer uma única ideia coerente de causa – formulou conceitos que abrangem tanto uma ideia de necessariedade²³², quanto de regularidade²³³, sendo considerado o mais influente pensador sobre o assunto.²³⁴

Ambas as teorias, todavia, partilham a crença comum em um universo determinístico²³⁵, baseado em uma inevitabilidade que sustenta a existência de ordem e a previsibilidade nos eventos, seja o liame entre eventos aferido por uma qualidade

²³⁰ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 41.

²³¹ Rui Soares aponta a existência de divergência, entre os autores atuais, sobre a posição verdadeiramente defendida por Hume. Ao discutir o tema, abordou o filosófico três formulações distintas, embora prevaleça a perspectiva da regularidade como central em sua obra (PEREIRA, Rui Soares. *Pressupostos filosóficos e científicos do nexos de causalidade*. Lisboa: Editora AAFDL, 2017, p. 72).

²³² Ao conceber a causa como o porquê de determinado evento de forma abstrata, lança luz sobre as características do próprio fato, ao atribuir-lhe qualidades especiais. A perspectiva contrafactual – alicerce da teoria da condição necessária – é aqui dominante, baseado na assertiva de Hume de que um vínculo causal é estabelecido onde, se o primeiro objeto não tivesse existido, o segundo nunca teria existido (G’SELL, Florence. *Causation, Counterfactuals and Probabilities in Philosophy and Legal Thinking*. 91 Chi.-Kent L. Rev. 503 (2016), p. 506. Disponível em: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol91/iss2/5>. Acesso em 13 de janeiro de 2020).

²³³ A acepção da regularidade tem firme alicerce no método empiricista de obtenção do conhecimento, eis que baseado na constatação sensitiva e prática, diante da contiguidade temporal e espacial de causas e consequências. Efetivamente, para que se possa falar em regularidade, é essencial que o mesmo resultado tenha sido constatado anteriormente, e que a origem deste tenha sido percebida e, em momento posterior, ratificada, destacando o papel da experimentação (ZUBIETA, Rogélio Arturo Bárcena. *La causalidade en el derecho de daños*. 336p. Tese (Programa de Doctorado en Turismo, Derecho y Empresa) – Universidad de Girona, 2012, p. 16). Portanto, ao deparar-se com determinado resultado, o julgamento do filósofo seguidor da perspectiva da regularidade “não se baseia na percepção direta de poderes ou forças, mas fundamenta-se na crença de que uma certa sucessão de eventos fundamenta uma (ou mais) regularidade experimentada” (G’SELL, Florence. *Causation, Counterfactuals and Probabilities in Philosophy and Legal Thinking*. 91 Chi.-Kent L. Rev. 503 (2016), p. 505. Disponível em: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol91/iss2/5>. Acesso em 13 de janeiro de 2020 (tradução nossa).

²³⁴ INGEBORG, Puppe; WRIGHT, Richard W. *Causation in the Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, In Forthcoming in The Common Core of European Private Law: Causation (Marta Infantino and Eleni Zervogianni eds. Cambridge Univ. Press, 2016). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2746916>. Acesso em 29 de fevereiro de 2019, p. 4.

²³⁵ O físico Jenner Filho afirma que a concepção de causa dos mais importantes filósofos – Espinosa, Hobbes, Hume, Kant e Mill – partilham o pressuposto do determinismo causal. BASTOS FILHO, Jenner Barretto. *Causalidade, (in)determinismo e (im)previsibilidade: por que o conceito de causa é tão importante?* Revista Brasileira de Ensino de Física. São Paulo, v. 30, n. 3, Set. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-11172008000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de novembro de 2019, p. 3304-2.

especial do fato ou pela apreensão da constância de eventos através da experimentação.

Nas palavras de Stuart Mill, para que o raciocínio racional seja possível, há primeiro de se admitir “uma suposição com respeito ao curso da natureza e à ordem do universo, a saber, que há na natureza coisas tais como casos paralelos; que o que acontece uma vez deverá, sob grau suficiente de similaridade e circunstâncias, acontecer novamente, mas tantas vezes quantas a mesmas circunstâncias tornarem a acontecer. O universo, tanto quanto o conhecemos, é constituído de maneira tal que tudo o que é verdadeiro em um caso de determinada natureza é também verdadeiro para todos os casos da mesma natureza; a única dificuldade é descobrir qual é esta natureza”.²³⁶

O apanhado acima demonstra o contexto no qual emergiram, ao longo do século XIX e início do século XX, as teorias clássicas da causalidade jurídica, a seguir enfrentadas. Um contexto cujo enredo principal é a crença na capacidade humana de destrinchar a forma como se processam os eventos, identificando e controlando o fluxo dos fatos com grau de segurança que, se nem sempre é apto a ser qualificado de certeza, desta muito se aproxima.

É nesse cenário que floresceram as teorias tradicionais da causalidade jurídica, alicerçados em pressupostos de certeza e na existência de um mundo determinista, constituído de fatos cuja concatenação é compreensível racionalmente.

Tal mundo, como será visto em momento oportuno, não mais existe.

2.3. Teoria da equivalência das condições causais

A teoria da equivalência das condições causais, também chamada de *conditio sine qua non* ou da causalidade necessária, é a precursora no tratamento dogmático da causalidade, sendo indiscutível sua influência, seja como tese autônoma, seja como premissa das teorias que a sucederam. Apesar de seu descrédito atual – sendo poucas as vozes que a consideram a teoria apropriada, especialmente na seara da responsabilidade civil –, a compreensão de sua estrutura é essencial.

²³⁶ MILL, John Stuart. *Sistema de lógica indutiva e dedutiva*, in *Os pensadores: Jeremy Bentham, John Stuart Mill*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 173.

Os autores divergem sobre a paternidade da teoria, havendo destaque, dentre os penalistas, para a atuação do austríaco Julius Glaser, enquanto os civilistas a veem com fruto da atuação do alemão Von Buri, ambos atuantes em meados do século XIX.²³⁷

Nas palavras de Glaser, aptas a sintetizar o procedimento que corporifica a teoria, “se alguém tentar eliminar completamente o pensamento do suposto autor [do ato] da soma dos eventos em questão e parecer que, no entanto, a sequência de causas intermediárias permanece a mesma, fica claro que o ato e suas consequências não podem ser atribuídas a ele... mas se parece que, uma vez que a pessoa em questão é eliminada no pensamento [da cena], as consequências não podem ocorrer, ou elas podem ocorrer apenas de uma maneira completamente diferente, então a pessoa está totalmente justificada em atribuir a consequência a ele e explicando-a como o efeito de sua atividade”.²³⁸

Vale-se o jurista, portanto, do método da eliminação hipotética, cujo cerne reside na constatação de que a causa é explicitada pela operação de suprimir, abstratamente, o evento, verificando se persistiriam os resultados.²³⁹

Independentemente da discussão sobre a origem da teoria jurídica, ambos os pensadores bebem na fonte da concepção filosófica contrafactual, iniciada por Hume, porém desenvolvida e tornada célebre por Stuart Mill.²⁴⁰ Segundo o filósofo, dado um determinado evento, sob um ponto de vista científico e filosófico, não seria possível distinguir entre causa e condições.

Tal observação, todavia, não pode ser adequadamente compreendida de forma descontextualizada, pois faz parte do conjunto de posições que sustenta a perspectiva utilitarista do pensador.

A concepção de causalidade de Stuart Mill está diretamente relacionada com a sua posição a respeito das espécies de raciocínio, especificamente, sobre a

²³⁷ PEREIRA, Rui Soares. *O nexa de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 265.

²³⁸ *Apud* HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 443.

²³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil. Volume 3*. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 462.

²⁴⁰ De acordo com Hart e Honoré, Von Buri não utilizou expressamente a teoria de Mill em sua fundamentação. Todavia, os trabalhos posteriores de Von Bar sobre a teoria da *condition sine qua non*, ao enxergarem a ligação direta entre a concepção filosófica e a teoria jurídica, ligaram definitivamente os temas (*Ibidem*, p. 444).

predominância da abordagem indutiva sobre o método dedutivo. Para o filósofo britânico, o raciocínio válido deve ser baseado no método indutivo, partindo-se do particular para o geral, em fenômeno que ele resume como a “generalização da experiência”.²⁴¹

Ora, se o raciocínio parte de eventos particulares – os quais, por sua própria natureza, são únicos, surgindo e extinguindo-se em determinado contexto de tempo e espaço –, a única forma de encontrar a verdade a partir da experiência é presumindo a existência de ordem na natureza.²⁴²

Na concepção de Mill, “para que seja uma lei da natureza – uma lei causal – a relação deve ser induzida empiricamente pela observação e reflexão sobre os eventos naturais (...), e não um raciocínio meramente analítico. (...) E mais, para que seja uma lei da natureza, a regularidade deve ser não apenas invariável na experiência, mas também incondicional – ou seja, não sujeita a qualquer exceção (...)”.²⁴³

A essa necessidade de ordem Mill denomina de princípio da uniformidade, utilizando-o na análise dos fenômenos da natureza, os quais, segundo afirma, surgem por simultaneidade ou, o que particularmente importa para o nosso estudo, sucessão. De acordo com Mill, sendo o fenômeno da sucessão de eventos na natureza desvelado pela indução, “a lei de causalidade, o reconhecimento de que é o pilar principal da ciência indutiva, é apenas a lei familiar encontrada pela observação da invariabilidade de sucessão entre um fato natural e algum outro fato que o precedeu (...)”.²⁴⁴

²⁴¹ MILL, John Stuart. *Sistema de lógica indutiva e dedutiva*, in *Os pensadores: Jeremy Bentham, John Stuart Mill*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 173.

²⁴² Em outras palavras, se a experiência indica que, ao atear fogo em determinado objeto de madeira, o fogo se alastra, a captação dessa experiência pelos sentidos e a utilização desse conhecimento para orientar futuras ações pressupõe a aceitação da ideia de que há algo de perene no conjunto de elementos que justificou o resultado, no momento da primeira constatação. Sem isso, nunca seríamos capazes de alcançar uma generalização a partir de casos concretos, e sempre seria necessário aguardar o objeto de madeira pegar fogo para, somente depois, afirmar que o fogo provoca o resultado.

²⁴³ INGEBORG, Puppe; WRIGHT, Richard W. *Causation in the Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, In Forthcoming in The Common Core of European Private Law: Causation (Marta Infantino and Eleni Zervogianni eds. Cambridge Univ. Press, 2016). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2746916>. Acesso em 29 de fevereiro de 2019 (tradução nossa), p. 5.

²⁴⁴ MILL, John Stuart. *Sistema de lógica indutiva e dedutiva*, in *Os pensadores: Jeremy Bentham, John Stuart Mill*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 183.

O próprio filósofo, entretanto, reconhece ser raro – praticamente impossível – que um determinado resultado advenha de um único elemento.²⁴⁵

A assertiva acima afasta-se do senso comum, o qual, em matéria de causalidade, naturalmente atribui relevância a determinados aspectos do conjunto de fatos. Partindo do exemplo trazido pelo filósofo, quando do consumo de determinado alimento sobrevém o resultado morte, é intuitiva a afirmação de que o alimento foi a causa da morte. Nunca se afirmaria, na linguagem comum, que estar vivo igualmente se apresenta como um elemento inarredável do conjunto de condições que resultou na morte.

Mill, todavia, reconhece o descompasso entre a concepção filosófica e o sentido empregado na linguagem ordinária, mas advoga que apenas a primeira é coerente com as exigências do raciocínio científico. Afirma que, “se não enumeramos, visando à precisão, todas as condições, é apenas porque algumas, na maioria dos casos, são subentendidas ou porque, para o propósito em vista, podem ser omitidas sem desvantagem. Por exemplo, quando dizemos que a causa da morte de um homem foi o fato de seu pé ter escorregado ao subir uma escada, omitimos como não sendo necessário estabelecer a circunstância de seu peso, embora seja uma das condições absolutamente indispensável para o efeito que sucedeu (...). Assim, vemos que toda e qualquer condição do fenômeno pode – por sua vez, com igual propriedade na linguagem comum, e com igual impropriedade no discurso científico – ser mencionada como se fosse a causa inteira”.²⁴⁶

Há, portanto, uma harmonia no raciocínio de Mill: se o conhecimento é obtido por meio do método indutivo, partindo da análise empírica dos eventos concretamente verificados para produzir generalizações lastreadas no princípio da uniformidade da natureza, todas as condições que justificaram a ocorrência de resultado são igualmente importantes, atuando em conjunto, pois entre elas não há qualquer hierarquia.

²⁴⁵ Pondera: “Geralmente é entre um conseqüente e a soma de vários antecedentes, sendo exigida a concorrência de todos para produzir o conseqüente. Em tais casos, é muito comum separar-se apenas um dos antecedentes sob a denominação de causa, chamando os outros meramente de condições. Assim, se uma pessoa come uma determinada iguaria e morre em consequência disso, isto é, não teria morrido se não a tivesse comido, dir-se-ia que o fato de comer aquela iguaria foi a causa da morte. (...) A causa real é o todo desses antecedentes, e não temos, filosoficamente falando, direito de dar o nome de causa a um deles somente, independentemente dos outros” (*Ibidem*, p. 184).

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 185.

Hart e Honoré identificam ainda uma ligação umbilical entre a concepção de causa para Mill e sua defesa do utilitarismo enquanto paradigma da análise ética: se a linha que divide o moralmente correto do errado é encontrada a partir da identificação de que as vantagens superam os prejuízos, para que se possa promover tal juízo de valor é essencial reconhecer todos os elementos que participam da equação, pois nenhum é indiferente à análise efetuada.²⁴⁷

Deveras, o arrazoadado acima, bem como a admissão de que suas conclusões divergem do senso comum, demonstram que Mill estava preocupado com a definição de causa para a filosofia, cujas fórmulas serviriam de base para o método a ser empregado pelas ciências naturais para encontrar a verdade e, firme em tal conhecimento, forjar a realidade.²⁴⁸

Ao contrário, para o Direito, é natural fazer o que não se admitia para a ciência natural: indicar uma condição como particularmente importante, atento aos fins do Direito e não à sua particular qualidade, e a partir da eleição axiológica, elevar o elemento ao *status* de causa.²⁴⁹

Retornando à investigação jurídica, é pacífico o entendimento de que a teoria da equivalência das condições causais possui genes cientificistas, tributários da visão filosófica acima. A pretensão do jurista positivista, então predominante, era conduzir o Direito a partir de um juízo de subsunção da norma ao fato, sendo o último um elemento da natureza – e não um dado lógico-jurídico –, razão pela qual o mesmo conceito de causa utilizado nas ciências em geral deveria governar a identificação do fluxo de fatos no mundo jurídico.²⁵⁰

A teoria de Mill, entretanto, não foi transportada para o campo do Direito sem ajustes. À evidência, não seria possível considerar todo o conjunto de elementos,

²⁴⁷ HART, H. L. A.; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 69.

²⁴⁸ A obra de Mill bem representa o estado de espírito dos pensadores em meados do século XIX: confiantes na capacidade do ser humano de dirigir a natureza e a realidade, de forma a alcançar o progresso. Afirmou o autor: “De todas as verdades relativas aos fenômenos, as mais valiosas para nós são as que se referem à ordem da sucessão. Sobre o conhecimento delas se fundamenta toda antecipação racional de fatos futuros e qualquer poder que possuímos de influenciar esses fatos para nosso proveito.” (MILL, John Stuart. *Sistema de lógica indutiva e dedutiva*, in *Os pensadores: Jeremy Bentham, John Stuart Mill*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 182).

²⁴⁹ Se um determinado sujeito empurra levemente alguém, que vem ao chão, a circunstância de se tratar de um jovem ou de um idoso é, do ponto de vista do conjunto de elementos naturalísticos, bem mais relevante para a produção do resultado do que o ato de empurrar. Entretanto, é sobre o comportamento do agente que promove o empurrão que o Direito, particularmente, lançaria suas luzes.

²⁵⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 63.

positivos e negativos, que conduzem ao resultado como causa, pois, sendo o Direito conhecimento prático, dito raciocínio inviabilizaria a solução dos problemas.

A partir dessa constatação, a teoria da *conditio sine qua non* incorpora a premissa da impossibilidade de distinção entre causa e condição, mas afasta a ideia de que a causa seria representada pelo conjunto de elementos, para adotar a perspectiva de que todas as condições são equivalentes entre si, cabendo a outro elemento a tarefa de atribuir particular relevância a determinados aspectos do fluxo causal. A incumbência foi delegada ao dolo e à culpa, considerados instrumentos suficientes para colocar freios ao risco de extrapolação da responsabilidade oriunda da adoção da teoria.²⁵¹

Importante, aqui, observar que a adoção da teoria da equivalência das condições causais coincide historicamente com o predomínio quase hegemônico do paradigma da culpa, conforme visto no capítulo anterior. Ao tempo das obras seminais de Glaser e Von Buri, respectivamente em 1858 e 1860, restavam décadas até a superveniência do julgamento do caso Teffaine, em 1896, ponto de inflexão no avanço das teorias objetivas da responsabilidade civil.²⁵²

Nesse contexto, a ocorrência de danos no convívio social ainda era fortemente relacionada a casos pontuais, com autores identificáveis e comportamentos bem delimitados, na medida em que a Revolução Industrial, embora em franca ascensão, ainda não havia atingido a amplitude do início do século XX. Portanto, persistia a influência das raízes históricas dos primórdios da responsabilidade civil.

Retroagindo ao tempo da República Romana, a superveniência da Lex Aquilia, em 286 a.C., representou não apenas uma evolução em relação ao texto da Lei das Doze Tábuas (451 a 449 a.C.), mas também evoluiu ao sabor da interpretação conferida pelos pretores, na aplicação prática da norma.²⁵³

Com destacada relevância, o Capítulo III da norma previa a obrigação de indenizar – pelo valor que a coisa alcançasse nos trinta dias subsequentes – ao autor

²⁵¹ PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 275.

²⁵² Embora, antes disso, os ordenamentos jurídicos já convivessem com hipóteses de responsabilidade civil objetiva, vide a legislação prussiana sobre danos sofridos no contexto do transporte ferroviário, de 1838 (§ 25 *PrEGB*).

²⁵³ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 68.

do dano praticado através do ato de queimar, partir ou rasgar o objeto. Como requisitos, o fato deveria ser praticado de forma ilícita – a chamada *iniuria* – e *corpore et corpori*, “ou seja, exigia-se que as violações fossem material e fisicamente cometidas pelo agente sobre a própria coisa lesada – com o que se limitava a relevância delitual às ofensas directas”.²⁵⁴

O regramento acima apresentava-se como um instrumento apropriado à sociedade agrária, de pouca urbanização, então verificada.²⁵⁵ Da época da República Romana até os tempos atuais, de incessante urbanização e maquinação dos procedimentos, foi longo o caminho para a superação do pensamento original, que continuava a enxergar as lesões diretas como o meio natural de ocorrência do ato lesivo, com o paulatino desenvolvimento da responsabilidade por omissões e lesões indiretas, hoje inegável.

Seus reflexos, todavia, ainda não foram de todo superados.

O surgimento da teoria da *conditio sine que non*, assim, encontra eco não apenas na possibilidade de utilização da culpa como fator de limitação, mas também na permanência de uma velada predominância das lesões diretas – fruto da cláusula *corpore et corpori* ainda largamente apropriada ao mundo predominantemente rural da segunda metade do século XIX –, cuja lógica guarda coerência com a dinâmica da teoria.²⁵⁶

Ora, no hoje superado paradigma que exigia que a lesão ocorresse mediante o contato físico com a coisa, ainda que todas as condições sejam equiparadas, é muito mais fácil identificar sobre qual dos elementos integrantes do curso causal deve ser centrada a investigação jurídica, cujo foco jaz no fator de atribuição subjetivo.

A importância da culpabilidade como decorrência da adoção da teoria da condição necessária é igualmente percebida pelos penalistas, campo no qual a teoria da *conditio* é expressamente admitida pelo Código Penal brasileiro, em seu art. 13, segundo o qual “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 70.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 75.

²⁵⁶ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 57.

Pondera a doutrina, todavia, que o Direito Penal convive com os filtros da tipicidade e da culpabilidade, sendo certo que a maior parte dos comportamentos penalmente relevantes são punidos apenas a título de dolo, reduzindo a incidência de lesões indiretas.²⁵⁷ E, mesmo na presença desses dois relevantes filtros, aptos a reduzir o impacto negativo da condição necessária no campo da causalidade, a norma penal precisou construir a válvula de escape da concausa superveniente relativamente independente (art. 13, § 1º, do Código Penal brasileiro).²⁵⁸

Embora a responsabilidade civil atual não se valha de um instrumento análogo à tipicidade penal – utilizando, ao contrário, a cláusula geral do *neminem laedere* como um tipo delitual aberto, ladeada, no Brasil, por uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco –, a presença dos requisitos da culpabilidade e da ilicitude na responsabilidade civil subjetiva já foi apontada como capaz de frear os excessos da teoria da equivalência das condições causais²⁵⁹, contemporizando as falhas do instituto.

Não se pode, porém, admitir tal posição, nem sequer no campo da responsabilidade civil subjetiva. Na seara da responsabilidade pelo risco, com mais razão, nem mesmo incidem os filtros acima comentados.

São diversas as falhas que a postura contrafactual engendra, as quais são incisivamente apontadas pela doutrina. Vejamos.

Se a teoria defende a equivalência das condições causais, a primeira pergunta que deve ser respondida é o que deve ser admitido como condição, já que são estes os elementos colocados em pé de igualdade. Ora, para que qualquer evento ocorra, são necessárias não apenas as condições que positivamente a provocam, mas também a ausência de um conjunto infinito de condições negativas, que impediriam o resultado.

Por exemplo, na situação em que o agente A ateia fogo na residência do sujeito B, o ato de derramar a gasolina e acender o fósforo são consideradas condições positivas do evento, embora também o sejam a presença de oxigênio, sem o qual inexistiria combustão. Por outro lado, igualmente surgem como condições do

²⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil. Volume 3*. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 462.

²⁵⁸ § 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

²⁵⁹ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, vol. 816/2003, Out, 2003, p. 735.

evento – sem as quais ele não teria ocorrido – a ausência de uma chuva torrencial ou, ainda, a falta do ato de apagar o fogo pelos sujeitos C, D, E, F, etc.

Atente-se, aqui, que não se está a discutir a eventual posição de garante dos demais sujeitos, mas apenas constatar que, sob o ponto de vista causal, alguma omissão é condição negativa necessária.

A pluralidade de condições positivas e negativas surge em qualquer evento, desde um acidente de veículo, até um erro médico. Como afirmado por Hart e Honoré, do ponto de vista naturalístico e diante da existência de condições negativas, “é impossível identificar todo o conjunto de condições em um caso específico”²⁶⁰, razão pela qual a solução estaria, em regra, em identificar as condições apenas com os eventos positivos sem os quais o resultado não teria surgido.

As infinitas condições negativas, portanto, não seriam tidas por relevantes.

Entretanto, as condições negativas, quando dialogam com comportamentos humanos, abrem espaço para a discussão da relevância jurídica da omissão, outro lapso da teoria da condição necessária. Ainda que a regra seja considerar condição apenas as condições positivas, não se pode ignorar a destacada relevância das omissões – condições negativas – para o Direito.

A aplicação do raciocínio contrafactual às omissões envolve a seguinte espécie de pergunta: se o evento do tipo A não ocorre (ou se omite), o evento do tipo B surge. Consequentemente, a falta de um evento do tipo A é tido por causa de um evento do tipo B.

O teste, porém, se revela suprainclusivo nos comportamentos negativos, pois a omissão de qualquer tipo de evento cuja presença levaria ao resultado B também seria considerado como sua causa.²⁶¹

Surge, pois, um grave vício na perspectiva contrafactual, a qual, apesar de pretender esclarecer como se dá o desenrolar fático no mundo do *ser*, e não do *dever-ser*, depende necessariamente de um juízo de valor normativo para distinguir quais

²⁶⁰ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 446.

²⁶¹ Em ilustrativo exemplo, alheio ao Direito, Zubietta desenha um cenário no qual o casal Marta e Vicente planejam um encontro, mas Vicente não comparece, o que gera tristeza em Marta. Portanto, o evento negativo – falta do comportamento esperado de Vicente – é tido por causa do resultado – tristeza de Marta. Entretanto, diz Zubietta, “outra coisa que não ocorreu foi a aparição de Bill Gates para presenteá-la com um cheque de dez milhões de dólares, ou o papa Benedicto para anular seu casamento, nem tampouco Elton John para cantar no Castelo de Chapultepec. Se Bill Gates, Benedicto ou Elton John tivessem feito o ato de presença, seguramente Marta não teria se entristecido” (ZUBIETA, Rogelio Arturo Bárcena. *La causalidade en el derecho de daños*. 336p. Tese (Programa de Doctorado en Turismo, Derecho y Empresa) – Universidad de Girona, 2012, p. 103).

condições negativas são relevantes. De fato, sob o ponto de vista exclusivamente empírico, do nada, nada surge.

O teste contrafactual, portanto, torna tormentosa a solução de qualquer problema jurídico: se apenas a culpabilidade é capaz de servir de filtro da suprainclusão, seria necessário, em tese, investigar todas as infinitas condições negativas e, sobre cada uma delas, promover o juízo de censura, retirando-as ou incluindo-as entre os pontos relevantes a depender da existência, ou não, de um dever de agir omitido.

Na verdade, a omissão juridicamente relevante nunca pode ser resolvida com uma perspectiva causal meramente naturalística. A omissão é, necessariamente, submetida a uma avaliação normativa²⁶², sendo formada a partir da presença de um dever de agir, fruto de obrigações contratuais, legais ou da incidência dos postulados da boa-fé objetiva em relação a comportamentos anteriores da parte.

No exemplo acima, apenas Vicente tinha o dever de comparecer ao encontro, fruto de seu comportamento anterior. Todavia, tal distinção é fornecida não pelo teste contrafactual, empírico, mas sim pela incidência da norma jurídica, o que demonstra a insuficiência da teoria.

Assim, no que tange à omissão, iluminada pelo aspecto normativo do dever de agir, o teste contrafactual deixa de ser um teste de eliminação hipotética para tornar-se um teste de inclusão hipotética. Como não é logicamente possível eliminar uma omissão, a investigação hipotética será promovida pela inclusão do comportamento concretamente omitido no evento recriado.

A teoria da condição necessária, portanto, não é capaz, por si só, de lidar com os casos de omissão.

Prosseguindo, também vicia a teoria o risco de excessiva inclusão das condições positivas, pois, ao relegar a outras categorias jurídicas a tarefa de colocação de limites à responsabilidade – as quais não possuem por finalidade promover essa espécie de limitação –, legitima resultados aleatórios e inesperados.

Um exemplo prático, oriundo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro bem ilustra a situação.²⁶³

²⁶² ANZANI, Gaetano. *Causalità omissiva e causalità incerta alla luce della buona fede oggettiva*. In: Nuova giurisprudenza civile commentata, 2016, n. 6, II, p. 945.

²⁶³ REsp 620.777/GO, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 18/12/2009.

O credor de um cheque dirigiu-se ao banco para promover a compensação do título de crédito. Na instituição financeira, foi informado que não havia fundos para a compensação do cheque. Todavia, em reservado, o funcionário do banco informou ao portador do cheque que o emitente mantinha outra conta bancária, não na qualidade de sócio administrador de pessoa jurídica, mas sim como pessoa física. Essa última conta corrente, disse, possuía saldo suficiente.

Diante da informação, ao sair da agência, o portador do cheque confrontou o emitente, situação que rapidamente escalou para uma briga, cujo resultado foi a morte do devedor, vitimado por um disparo de arma de fogo desferido pelo credor.

Nesse contexto, a família do falecido buscou a responsabilização civil do banco, alegando – com base na teoria da equivalência das condições causais – que, não fosse a informação fornecida pelo funcionário da instituição financeira – uma condição positiva –, o resultado morte não teria acontecido. Ademais, atente-se, a conduta do funcionário do banco é evidentemente ilícita e culposa, pois se afastou do comportamento legalmente exigível, no sentido de manutenção do sigilo bancário do devedor/cliente, atuando com imperícia, pelo afastamento das normas técnicas que regem a profissão, razão pela qual o filtro subjetivo não estaria presente.

À causalidade, portanto, foi confiada a solução da questão.

No Tribunal de origem, a pretensão foi acolhida, afirmando o relator que o resultado não teria ocorrido sem o comportamento culposos do preposto da instituição financeira.²⁶⁴

Do ponto de vista teórico, respeitando a teoria da condição necessária, outra solução não poderia ser alcançada pelo Tribunal de origem.

Todavia, alçada a questão ao Superior Tribunal de Justiça, a Corte iniciou o arrazoado pontuando a pluralidade das condições positivas do evento, as quais envolviam o fato de que o devedor, por sua vez, era credor de terceiros, os quais tampouco haviam adimplido oportunamente suas obrigações, culminando na situação de insolvência na data de vencimento do cheque. Pontuou a Corte a necessidade de estabelecer limitações ao nexo de causalidade, pois, “não fosse assim, qualquer fato

²⁶⁴ Consta do julgado: “evidente o nexo causal entre a informação prestada pelo gerente do Banco apelante a Clever Vasconcelos e o evento morte de Nilson Gomes Geraes, ocorrido no dia 05 de julho de 1995, em seu estabelecimento comercial. Se não fosse o preposto do apelante ter revelado o sigilo bancário para Clever, por certo este não teria ido à procura de seu devedor Nilson e provocar uma discussão sobre o não pagamento do cheque do valor de R\$ 10.000,00, dizendo que sabia da existência de provisão de fundos em sua conta particular”.

mais irrelevante a partir do despertar pela manhã, poderia ser incluído em uma cadeia causal que levaria indiretamente a algum evento (...). Pois bem, na espécie, praticou o banco um ato ilícito ao revelar a outrem depósitos existentes na conta corrente do falecido. Mas daí atribuir-se ao réu a responsabilidade pelo assassinato, é, segundo entendo, um inadmissível excesso. Então, do mesmo modo, seriam co-responsáveis as pessoas que negociaram com o *de cujus* e não lhe pagaram, levando-o a pedir empréstimo ao assassino, conforme relata a exordial”.

O exemplo acima representa com perfeição a constatação promovida anteriormente: os Tribunais afastam as inadequadas soluções que seriam atingidas pela observância das teorias tradicionais. O fazem, entretanto, sem apontar uma teoria passível de governar os casos futuros, mas tão somente baseados em intuições pessoais de justiça, soluções pontuais para os casos concretos.

O exame do caso concreto acima tem por finalidade demonstrar a dificuldade da teoria também com a pluralidade de condições positivas, cuja delimitação não pode ser promovida com base em seus cânones.

Avançando para outros problemas trazidos pela teoria, Hart e Honoré apontam que, se a teoria é denominada de condição necessária, há de ser estabelecido o que deve ser considerado como consequência. Em outras palavras, se as condições são elementos sem os quais o resultado não teria acontecido da forma como aconteceu, é essencial delimitar o que será considerado como resultado.

Aqui, surge a dificuldade de narrar o curso causal, pois a ampliação excessiva qualificaria qualquer elemento como causa, enquanto uma precisa definição incorporaria elementos insignificantes para o juízo de responsabilização promovido Direito.

Hart e Honoré abordam a questão com o exemplo do homicídio.²⁶⁵

Diante de um fato de tal espécie, se o resultado for narrado como “morte”, nenhum elemento pode ser tido por condição necessária do evento, pois, sendo todo ser humano mortal, nenhuma condição responde positivamente ao teste contrafactual (sem o evento X, o resultado morte teria ocorrido?), pois a morte sobreviria de qualquer modo, em algum momento no futuro.

Por outro lado, caso o evento morte seja narrado em todos os seus detalhes – permitindo resposta positiva à indagação de que, sem o evento investigado, o

²⁶⁵ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 450.

resultado não teria ocorrido como ocorreu –, uma série de elementos insignificantes do ponto de vista jurídico seriam incluídos. Como exemplo, se a roupa utilizada pela vítima fizer parte da descrição do resultado, o fato do terceiro que vendeu a roupa ao *de cujus* também seria uma condição necessária, pois sem ela o evento não ocorreria como ocorreu.

No mesmo sentido, a potencial amplitude da descrição “pode ser usada para provar que qualquer coisa contribuiu para o dano, não importa o quanto causalmente irrelevante, simplesmente por adicionar o dado na descrição do dano (por exemplo, o fato de a pessoa lesada estar usando um chapéu)”.²⁶⁶

A teoria, portanto, não delimita precisamente o resultado.

O teste contrafactual – além das dificuldades em identificar os elementos essenciais da equação, ou seja, quais são as condições e qual é o resultado –, padece ainda do vício de tautologia, pois, diante de situações de incerteza sobre o processo causal, a resposta que pretende obter estaria contida na pergunta formulada.²⁶⁷ Isso porque a pergunta que corporifica o teste pressupõe a existência de conhecimento humano – ainda que técnico e limitado a determinado campo do conhecimento – sobre o curso causal envolvido na pergunta.

Por exemplo, quando diante de uma demanda em que se debate se o consumo de determinado fármaco gerou um resultado prejudicial, em situação de ausência de consenso científico, em nada auxilia promover o juízo de eliminação hipotética para indagar se a ausência do consumo impediria o resultado, pois é exatamente esta a informação que se pretende obter. A pergunta, deveras, é incapaz de conduzir à resposta desejada.

Pelo contrário, utilizar o teste nessa espécie de demanda finda por legitimar uma postura conservadora, aferrada à necessidade de certeza incompatível com a velocidade das transformações sociais, tecnológicas e produtivas.²⁶⁸

²⁶⁶ INGEBORG, Puppe; WRIGHT, Richard W. *Causation in the Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, In Forthcoming in *The Common Core of European Private Law: Causation* (Marta Infantino and Eleni Zervogianni eds. Cambridge Univ. Press, 2016). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2746916>. Acesso em 29 de fevereiro de 2019), p. 17.

²⁶⁷ PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 312.

²⁶⁸ Isso porque, quando se adota a necessariedade mesmo diante de contextos de incerteza – cada vez mais constantes –, a insuficiência de informações conduz o teste de eliminação hipotético a uma resposta negativa, pois não é possível afirmar que, sem o evento, não ocorreria o resultado. O ônus da incerteza, assim, é deslocado integralmente para o lesado.

Para além dos defeitos anteriores, a teoria da *conditio sine qua non*, qualificada como suprainclusiva, sofre paradoxalmente com a crítica no sentido diametralmente oposto: de ser infrainclusiva, em certos casos.

São as hipóteses envolvendo os fenômenos de causalidade múltipla, a exemplo da causalidade complementar, cumulativa e alternativa, abordadas na filosofia sob a rubrica de sobreterminação ou redundância causal.²⁶⁹

Segundo a doutrina, a causalidade pode ser chamada complementar quando duas ou mais causas concorrem para a produção de um resultado que não seria atingido pela incidência isolada de qualquer delas. A causalidade complementar simples – em que a soma dos comportamentos é suficiente para provocar o resultado, sem excessos – não é problemática. A dificuldade surge quando verificado o excesso de causas complementares, superando o patamar necessário à provocação do evento.

Por outro lado, a causalidade é cumulativa, também chamada de concorrente, quando qualquer das causas que incidem em conjunto seria capaz, por si só, de provocar o resultado. Por fim, a causalidade alternativa surge quando não é possível conhecer qual dos comportamentos potencialmente aptos a causar o resultado efetivamente o provocou.²⁷⁰

Ao abordar a causalidade complementar excessiva, Zubietta apresenta o seguinte exemplo: suponha que a capacidade de absorção de um determinado poluente por um corpo d'água seja X, abaixo do qual inexistem impactos ambientais, e que cinco unidades de despejo do produto são necessárias para alcançar X. Ou seja, cada unidade possui uma concentração de 1/5 de X.

Nesse contexto, se seis ou mais unidades são lançadas no rio por agentes independentes – em causalidade complementar excessiva –, qualquer um deles poderia invocar o teste contrafactual para afirmar que, sem sua conduta, o resultado teria ocorrido de qualquer forma, e que, portanto, não deu causa ao evento, pois cinco unidades já haviam sido lançadas.²⁷¹ Nenhum dos envolvidos, portanto, causou o evento.

²⁶⁹ ZUBIETA, Rogélio Arturo Bárcena. *La causalidade en el derecho de daños*. 336p. Tese (Programa de Doctorado en Turismo, Derecho y Empresa) – Universidad de Girona, 2012, p. 110.

²⁷⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28/31.

²⁷¹ ZUBIETA, Rogélio Arturo Bárcena. *La causalidade en el derecho de daños*. 336p. Tese (Programa de Doctorado en Turismo, Derecho y Empresa) – Universidad de Girona, 2012, p. 114.

O caráter insustentável da solução fica ainda mais evidente quando se percebe que, fossem apenas cinco os responsáveis pelo despejo do produto, nenhum deles poderia alegar a ausência de condição necessária para o evento – pois sem a sua contribuição o resultado danoso não teria sido alcançado –, sendo assim considerados responsáveis em situação menos danosa para o bem jurídico protegido do que a primeira.

A dificuldade é igualmente presente na causalidade cumulativa, na medida em que, diante da aptidão dos eventos paralelos em provocar o mesmo resultado, nenhum deles pode ser qualificado como condição necessária, pois os comportamentos se substituiriam reciprocamente, tornando ambos os agentes alheios ao fluxo causal.

Da mesma forma, os casos de causalidade alternativa albergam situações de desconhecimento sobre o curso dos eventos, que podem ter sido provocados por um conjunto de potenciais ofensores, embora apenas um ou alguns dentre eles seja concretamente responsável por desencadear a cadeia causal. Nesse contexto, o teste contrafactual esbarra na ausência de informações sobre o liame entre os eventos, impedindo o reconhecimento do nexo de causalidade.

A situação é particularmente cara à reparação de danos ambientais, mas também incide em outras situações, a exemplo das ações de responsabilização civil por danos materiais ou morais decorrentes do choque com objetos caídos ou lançados de edifícios, em que não se sabe qual a origem do objeto.

O Código Civil alemão, em seu § 830.¹²⁷², avançou no trato do tema e expressamente regulou a situação, ao prever que, “se mais de uma pessoa causou dano por um delito cometido em conjunto, então cada uma delas é responsável pelo dano. O mesmo se aplica se não for possível determinar qual das várias pessoas envolvidas causou o dano por seu ato”.²⁷³

²⁷² Código Civil alemão disponível, em versão em língua inglesa, em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3507 (tradução nossa).

²⁷³ Afastando-se da teoria da *conditio*, eis que o desconhecimento impediria o jurista de formular uma pergunta com o mínimo de pertinência com o evento concreto – na medida em que, em tese, o objeto poderia advir de inúmeros locais –, e sem previsão legal expressa semelhante ao BGB, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro determina a responsabilidade do condomínio edilício por objetos caídos, com direito de regresso deste contra o morador eventualmente identificado ou contra todos os moradores da face do prédio em que ocorreu o sinistro, em solidariedade passiva, embora seja certo que o objeto adveio de apenas um único apartamento (REsp: 64682 RJ, Relator: Ministro BUENO DE SOUZA, Data de Julgamento: 10/11/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.03.1999).

Prosseguindo, o teste contrafactual não atende aos casos de causalidade virtual, hipotética, nas quais – a despeito da incidência de uma causa real, que efetivamente provoca o dano no mundo real – outra causa com igual aptidão para provocar o evento teria necessariamente acarretado a mesma consequência, denominado na doutrina anglo-saxã de *preemptive causal overdetermination*.

Por exemplo, se o sujeito A ministra um veneno fatal na xícara de café de B, cujo efeito demanda 24 para surgir, mas o agente C adianta-se e desfere um tiro que causa a morte de B, o atirador poderia afirmar que, mesmo se eliminada hipoteticamente sua conduta, o resultado morte ocorreria de qualquer forma.²⁷⁴ A resposta ao teste contrafactual apenas seria negativa se a descrição do resultado morte incorporasse as particularidades do evento concreto, o que, como já foi dito, implica em dificuldades na fixação dos limites da pormenorização.²⁷⁵

Cabe ainda destacar que a teoria da equivalência das condições causais tampouco funciona em relevantes casos para o Direito, quais sejam aqueles em que incide a chamada causalidade psicológica²⁷⁶, a exemplo dos atos de instigação e da formulação de conselhos, recomendações ou informações.

Isso porque, não sendo o comportamento humano determinista²⁷⁷, não se pode afirmar, com segurança, se o sujeito agiria, ou não, caso a provocação psicológica não tivesse ocorrido, o que impede seja o fato tido por condição necessária do resultado a partir do teste da eliminação hipotética. A vida em sociedade demonstra que as pessoas agem de forma distinta, mesmo submetidas ao mesmo conjunto de

²⁷⁴ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 124.

²⁷⁵ No mesmo sentido, exemplificam Ingeborg Puppe e Richard Wright uma situação na qual duas fontes de fogo, cada qual apta por si só para causar o resultado lesivo – desde que presentes as demais condições positivas (a presença da casa, oxigênio, a direção do vento e a existência de matéria combustível suficiente) e negativas (ausência de chuva e do corpo de bombeiros) – dirigem-se para a casa: “quando o fogo destrói uma casa antes de que um segundo fogo chegue, (...) contrariamente às leis da natureza, ao senso comum e ao que decidem as Cortes, nenhum dos fogos seria tratado como causa com base no critério da condição necessária (...)” (INGEBORG, Puppe; WRIGHT, Richard W. *Causation in the Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, In Forthcoming in The Common Core of European Private Law: Causation (Marta Infantino and Eleni Zervogianni eds. Cambridge Univ. Press, 2016). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2746916>. Acesso em 29 de fevereiro de 2019 (tradução nossa), p. 15/16).

²⁷⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 50.

²⁷⁷ “Muitas vezes há uma dúvida de qual teria sido a reação de um ser humano em circunstâncias hipotéticas; uma vez que inexistem evidências de que a conduta humana seja completamente determinista, essas perguntas nunca podem ser respondidas com algo além de um alto grau de probabilidade” (tradução nossa) (HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 458).

informações e dentro do mesmo contexto, fragilizando a perspectiva determinística em casos da espécie.

A longa lista de falhas identificadas na construção da teoria ou na sua aplicação às situações reais explicita sua inadequação em relação à intencionalidade que governa o mundo do Direito, alheio à pretensão de explicação dos fatos naturais compartilhada pela filosofia e pelas ciências naturais, especialmente a física.

Ao jurista, mais do que explicar o que aconteceu, importa legitimar a manutenção do prejuízo no sujeito originalmente prejudicado ou deslocá-lo ao ofensor, por meio da obrigação de indenizar.

Em arremate, mesmo afastando a teoria das situações em que manifestamente produz resultados inadequados, acima comentados, o teste que corporifica a teoria da *conditio sine qua non*, embora clame parentesco com a certeza científica, é, na verdade, firmado em um raciocínio centrado na percepção do julgador sobre a probabilidade dos eventos.

Isso porque, como o Direito não pode repetir fenômenos para confirmar a superveniência da mesma espécie de resultados mesmo se eliminado o evento investigado – promovendo a experimentação típica do método científico –, o teste hipotético de exclusão funciona a partir do que se espera teria, ou não, acontecido.²⁷⁸ Surge, portanto, a relevância da expectativa do julgador sobre o que teria, ou não, acontecido caso fosse diverso o contexto.

A desejada certeza, portanto, tampouco é alcançada pela adoção da causalidade necessária, que nada mais é do que um juízo probabilístico.

Nesse contexto, diante do insucesso da teoria da *condition sine qua non*, e diante da constatação de que – sob um ponto de vista jurídico-valorativo, ao contrário da perspectiva filosófica – cada evento envolve fatores determinantes, coadjuvantes e condicionantes, cuja distinção não pode ser ignorada pelo jurista, diversas teorias surgiram para tratar do tema, buscando corrigir as falhas da pioneira concepção.

Entretanto, ao utilizarem como alicerce a teoria da equivalência das condições causais, tampouco lograram êxito.

²⁷⁸ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva, no âmbito do Direito Penal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.12, n.1, jul. 2017, p. 45.

2.4. Teoria do dano direto e imediato

Com a finalidade de estabelecer um limite ao potencial retorno ao infinito viabilizado pela teoria da equivalência das condições causais, a teoria do dano direto e imediato busca promover a distinção entre causa e condições.

De início, importa consignar que “os fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições. Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas como efetivamente determinantes desse resultado”.²⁷⁹ A distinção entre ambos, portanto, não é ontológica, mas sim uma qualificação externa.

A teoria ora em discussão busca encapsular o critério distintivo entre causa e condição na expressão linguística “dano direto e imediato”, cuja literalidade não é, nem de longe, capaz de representar com fidedignidade a perspectiva por ela defendida.

Para sua compreensão, ao contrário, é necessário investigar suas origens.

A doutrina aponta que a construção de categorias para diferenciar quais interesses seriam juridicamente reparáveis ganhou especial relevância com a edificação da noção de danos *circa* e *extra rem*. O dano “*circa rem* seria aquilo dado pela própria coisa e cuja razão encontra-se nela mesma, como, por exemplo, os frutos e a mais-valia resultante do aumento do preço; *extra rem*, aquilo externamente vinculado à coisa”.²⁸⁰

A fonte remota da distinção é encontrada em um texto do romano Paulo, segundo o qual o vendedor inadimplente de um produto deve indenizar ao comprador pelos prejuízos que digam respeito à coisa em si, sua consequência imediata (*quae modo circa ipsam rem consistit*), afastando a tutela do dano considerado extrínseco, *extra rem*.²⁸¹ Firme em tal critério, o vendedor em mora na entrega do vinho não seria

²⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Edição Kindle, posição 10951-10954.

²⁸⁰ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *Teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12/2017, Jul - Set, 2017, p. 111.

²⁸¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 347.

responsável pela perda do lucro esperado na revenda do produto, nem tampouco a inadimplência da obrigação de entrega de trigo abrange os danos provocados pela morte dos escravos do comprador, motivada pela ausência de alimentação provocada pela falta do trigo.

A existência de um critério de distinção baseado na noção de que certos danos seriam próprios da coisa ganhou força no período medieval, sendo consolidada no trabalho dos glosadores,²⁸² consolidando o critério que influenciou a construção do pensamento estruturante do Código Civil napoleônico, ainda na era moderna.

Segundo Forchielli, a escola pandectista abordou o texto de Paulo sobre a responsabilidade do vendedor de trigo em mora colocando o foco na contribuição do comprador para o deslinde do resultado danoso, pois teria agido de forma culposa ao não obter outra fonte de alimentação para os escravos.²⁸³ Por outro lado, ao comentar a situação da mora na venda do vinho destinado à revenda, ponderava a doutrina de então a inexistência de certeza do dano, pois a revenda com lucro é sempre um fato incerto na dinâmica do comércio.²⁸⁴

Avançando na distinção, a doutrina italiana observa que, desde os fragmentos romanos, não repudiava ao Direito a indenizabilidade de prejuízos indiretos ou remotos, desde que intrínsecos à obrigação violada.²⁸⁵

A formulação da teoria a partir de um raciocínio indutivo – partindo da solução de casos concretos para identificar a presença de um critério distintivo generalizável – alcançou relevância com os estudos de Pothier, na segunda metade do século XVIII, responsável por construir a base sobre a qual se assenta a teoria.

Trouxe o autor francês um exemplo que se tornou célebre: um determinado negociante promove a venda de uma vaca que sabe contaminada com uma doença

²⁸² REINIG, Guilherme Henrique Lima. *Teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12/2017, Jul - Set, 2017, p. 112.

²⁸³ FORCHIELLI, Paolo. *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1960, p. 40.

²⁸⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *Teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12/2017, Jul - Set, 2017, p. 113.

²⁸⁵ É o caso do exemplo romano em que alguém mata um escravo, cuja venda havia sido pactuada com terceiro, acarretando a incidência da cláusula penal pela frustração do negócio. A indenização devida ao proprietário do escravo abrange, inclusive, o dispêndio com o custeio da multa, embora dito prejuízo seja indireto, pois dependente de um fator extraordinário à morte, qual seja a existência de um contrato anterior de compra e venda (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 355).

contagiosa. Uma vez adquirida e transportada para o curral, essa vaca vem a falecer, mas não antes de contaminar o restante do gado do comprador, acarretando o óbito dos demais animais. Sem animais para adubar a terra, o comprador não consegue lavrar a terra, inviabilizando o plantio e a colheita, bem como a consequente venda dos produtos. Na ausência de recursos, o comprador não conseguiu pagar suas dívidas, vindo a ser executado e perder a fazenda.

A solução do caso, segundo o autor, jaz na identificação das consequências distantes do ato, mesmo aquele praticado com dolo. Assim, não devem ser incluídas na indenização as consequências distantes, que não sejam um resultado necessário da conduta, razão pela qual o vendedor não responderia pela impossibilidade do plantio, bem como pela penhora e alienação da fazenda.²⁸⁶

A influência das ideias de Pothier nas décadas que antecederam a edição do Código de Napoleão culminou na prescrição do art. 1.151 da codificação francesa, cuja redação afirma que, mesmo quando a inexecução do contrato resulte de dolo do devedor, a indenização deve abranger apenas as perdas sofridas pelo credor e o ganho do qual ele foi privado e que sejam uma consequência imediata e direta da inexecução.

A reprodução da mencionada prescrição normativa funciona como o veículo de disseminação da teoria.

A teoria do dano direto e imediato é considerada por grande parte da doutrina brasileira como expressamente adotada pelo ordenamento jurídico, na medida em que o art. 403 do Código Civil de 2002 – bem como o art. 1.060 da codificação de 1916 – expressamente reproduz a prescrição francesa.²⁸⁷

O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, no clássico julgamento do RE n. 130.764/PR – relacionado à existência, ou não, de nexo causal entre a omissão estatal que possibilitou a fuga de um condenado preso e o crime praticado pelo foragido alguns meses depois –, expressamente consignou que, “em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada

²⁸⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Edição Kindle, posição 11097-11099.

²⁸⁷ Código Civil de 2002: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Código Civil de 1916: “Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal”.²⁸⁸

Ademais, a teoria é igualmente aplicada na França, na Bélgica e na Itália²⁸⁹, bem como, na América latina, no Chile.²⁹⁰

No Brasil, prevalece a afirmação de que o art. 403 do Código Civil é a única previsão legal expressa a disciplinar o tema do nexo de causalidade²⁹¹, o que reforçaria a posição a favor da teoria do dano direto e imediato. Da mesma forma, na Itália, prevalece a ideia de que o art. 1.223 do Código Civil²⁹² – igualmente tributário do art. 1.151 do Código francês – corporifica a singular abordagem do ponto pelo legislador.²⁹³

A expressão “dano direto e imediato”, entretanto, não é capaz de encapsular a distinção promovida pela doutrina ao longo de séculos, dizendo menos do que pretende.

A literalidade do termo, de fato, afastaria a indenização de qualquer dano indireto, alijando as indiscutíveis hipóteses de lucros cessantes.²⁹⁴ Mesmo as hipóteses consideradas incluídas na indenização desde os exemplos clássicos – a exemplo da morte do gado como consequência da contaminação pela vaca adquirida – não podem ser subsumidas à expressão dano direto e imediato, por serem danos reflexos e mediatos.²⁹⁵

²⁸⁸ O Supremo Tribunal Federal brasileiro ratificou o entendimento, ao apreciar o RE 608880, em 04/09/2020. Nos termos do voto vencedor, alicerçado na teoria do dano direto e imediato e baseado no fato de existirem circunstâncias paralelas – como o intervalo de tempo de três meses entre a fuga e o crime e a coautoria –, “Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva”.

²⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. Revista Jurídica, v. 50, n. 296, jun., 2002, p. 10.

²⁹⁰ GONZÁLEZ, Jorge Baraona. *La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontratual: panorama de derecho comparado*. Revista Chilena de Derecho, vol. 31, n. 2, 2004, p. 220.

²⁹¹ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 68.

²⁹² “Art. 1223. Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

²⁹³ FORCHIELLI, Paolo. *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1960, p. 21.

²⁹⁴ Mesmo na França, berço da concepção, a aplicação da teoria do dano direto e imediato envolve a aceitação de vários danos indiretos, a exemplo dos danos em ricochete e da perda de uma chance, aproximando-se, na prática, da teoria da condição necessária (VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado. Volume II. Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 450).

²⁹⁵ Todavia, não se pode ignorar a observação de Maria Adelaide Menezes Leitão, ao abordar a inexistência de autonomização da categoria dos danos puramente patrimoniais no Direito francês, no sentido de que a limitação da responsabilidade pela teoria dos danos diretos e imediatos finda por compensar a amplitude de um sistema de grande cláusula geral (LEITÃO, Adelaide Menezes.

Merece a expressão, portanto, uma interpretação finalística.

A tarefa de conferir à expressão um significado aproveitável foi confiada à subteoria da *necessariedade*, também denominada de teoria da interrupção do nexo causal, capitaneada, no Brasil, pelo jurista Agostinho Alvim, sintetizada na seguinte fórmula: “é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”.²⁹⁶

Parte o autor da premissa de que o legislador se valeu das palavras direto e imediato como sinônimas, com a finalidade de construir um sentido combinado que remetesse à ideia de *necessariedade*.²⁹⁷ O dano remoto não é, como regra, indenizável, não por ser remoto, mas sim porque o intervalo temporal torna provável a inserção de outros fatores no curso causal, estes sim responsáveis pela ocorrência do evento.²⁹⁸

É a partir desta construção que Agostinho Alvim afirma ser a *necessariedade* o critério distintivo, razão pela qual – mesmo diante da presença de um ato ilícito do devedor – há de ser analisada a cadeia causal, para fins de decotar da responsabilização os danos cuja explicação possa ser encontrada em outro comportamento que não o do devedor. Seriam indenizáveis, portanto, quaisquer danos – mesmo remotos ou indiretos –, desde que necessários.

A distinção acima teria sido apreendida pela doutrina e incorporada na legislação. Não por acaso, pondera o autor, embora o Código Comercial português de 1833 reproduzisse a prescrição do art. 1.151 do Código Napoleônico, o Código Seabra, em 1868, avançou para prever a subteoria da *necessariedade*, em seu art. 707: “Só podem ser tomados em conta de perdas e danos as perdas e danos que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato”.²⁹⁹

Ressarcimento dos danos puramente patrimoniais no confronto entre os sistemas de common law e continentais. In *Desafios da nova responsabilidade civil*, org. Barbosa, Mafalda Miranda; Rosendal, Nelson; Muniz, Francisco. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 18/19).

²⁹⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 356.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 359.

²⁹⁸ Ao rememorar as lições de Pothier, Agostinho Alvim ratifica a opinião de que, para o autor francês, no exemplo da venda da vaca contaminada, não é a distância entre efeito e causa a razão pela qual o vendedor não responde pela impossibilidade de cultivo, mas sim a interferência do comportamento do próprio credor. Pondera, nessa linha, que o comprador poderia haver promovido a cultura da terra por outros meios, adquirindo outros animais ou arrendando-os. Conclui, portanto, que “o rompimento do nexo causal deu-se por culpa do credor, pela sua inatividade” (*Ibidem*, p. 362).

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 369.

Em reforço da subteoria, aponta Fernando Noronha que a doutrina portuguesa de Guilherme Moreira, no início do século XX, já pontuava que “um dano pode realmente deixar de considerar-se como sendo a consequência imediata e direta da inexecução da obrigação, e representar, todavia, uma consequência necessária dessa inexecução. Assim, a diminuição de valor que se dê em relação a um cavalo pelo fato de haver perecido o que com ele aparelhava não é uma consequência direta e imediata do perecimento do cavalo, e não deixa, todavia, de ser uma consequência necessária desse perecimento”.³⁰⁰

Entretanto, uma análise mais aprofundada da teoria do dano direto e imediato demonstra que ela não é capaz de servir de um instrumento seguro para o manejo da responsabilidade civil.

Na verdade, o grande legado da subteoria da *necessariedade* é expor as incongruências da teoria do dano direto e imediato, cuja literalidade afastaria do conjunto de danos indenizáveis importantes situações, a exemplo dos danos indiretos, reflexos e por ricochete. A construção empregada para justificar a subteoria da *necessariedade*, deveras, apenas demonstra a infeliz associação entre os ensinamentos da doutrina, em especial de Pothier, e a expressão adotada pelo legislador, incapaz de refletir o conhecimento acumulado anteriormente.

Ao esposar a subteoria da *necessariedade*, Wilson Melo assim explica a construção: “verificada a ocorrência de um ato ilícito, ele seria a causa do dano ou dos danos que, encadeadamente, se lhe seguisse, até que a causa estranha (...) viesse interromper o encadeamento”.³⁰¹

O trecho acima é simbólico de uma construção que pouco auxilia o jurista na solução de casos futuros. Afinal, qual critério governa a escolha do fato que melhor “explica” um determinado evento? Quando se pode considerar que um evento participa da cadeia contribuindo ou interrompendo o fluxo causal anterior?

Na realidade, o fato de a noção de *necessariedade* conferir uma explicação mais compatível com a solução dos exemplos abstratamente construídos pelos autores antigos, quando comparada com a ideia presente na literalidade da expressão dano direto e imediato, não afasta sua inerente vagueza.

³⁰⁰ *Apud* NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Edição Kindle, posição 11151-11155.

³⁰¹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 130.

Já em 1960, Forchielli apontava que, na Itália, os estudos sobre a causalidade basicamente se limitavam a discutir o sentido adequado das expressões direto e imediato – findando pela prevalência da ideia de necessariedade –, porém relegando à sensibilidade e ao arbítrio do juiz a tarefa de decidir quando estaria presente tal espécie de vínculo.³⁰²

Além de configura um critério movediço, não se pode ignorar que a teoria do dano direto e imediato, na subteoria da necessariedade, muito se aproxima da rechaçada teoria da equivalência das condições causais, valendo-se, implicitamente, de um teste contrafactual.

Ora, a teoria da *condition sine qua non* adota o teste da eliminação hipotética para identificar o elemento que, retirado da equação, acarretaria um resultado diferente. Da mesma forma, na teoria do dano direto e imediato, se a condição merece ser qualificada como causa quando explica o resultado, tornando-se um elemento necessário do fluxo de eventos, o teste da eliminação hipotético seria igualmente empregado, embora de forma implícita, não confessada.

Portanto, a teoria ora em apreciação, cujo escopo é superar as falhas da teoria da condição necessária, finda por igualmente constituir em critério impreciso e insuficiente, merecendo ser rechaçada.

2.5. Teorias da causa eficiente e da causa próxima

Partindo igualmente da constatação de que é necessário distinguir entre causa e condições, dentro do conjunto de elementos que faticamente conduziu à produção do resultado, uma outra abordagem surgiu, que encontra na noção de causa eficiente ou próxima seu critério distintivo.

A teoria da causa eficiente manteve-se, porém, fiel ao pressuposto subjacente à teoria da condição necessária, de que é possível reconstruir o fluxo causal através de uma abordagem empírica. Todavia, a amplitude da perspectiva contrafactual – apta a identificar um extenso rol de elementos sem os quais o resultado não teria ocorrido como ocorreu – seria aqui temperada pela identificação dos fatos

³⁰² FORCHIELLI, Paolo. *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1960, p. 3/4.

mais relevantes, sob o critério científico-natural da maior potencialidade, e não um critério normativo.³⁰³

De acordo com Menezes Cordeiro, a teoria funciona a partir da seguinte ideia: “num determinado processo que conduz ao dano, descobre-se como causa não já a última condição, mas antes a condição que, de entre as várias, aparenta maior eficácia”.³⁰⁴

A falha, entretanto, jaz exatamente na inexistência de critérios científicos aptos a diferenciar qualquer condição com base na eficácia, na maior ou menor aptidão potencial para conduzir ao efeito.

A doutrina, todavia, buscou sem sucesso construir tal espécie de critério, através da edificação de critérios quantitativos ou qualitativos, os quais tampouco garantiam qualquer previsibilidade.³⁰⁵

Igualmente insuficiente para servir de critério é o aspecto cronológico, pois a condição temporalmente mais próxima pode ser insignificante para o deslinde do evento, apresentando-se, mesmo que intuitivamente, como pouco eficiente.

Entretanto, à semelhança da teoria do dano direto e imediato, o estudo dessa abordagem mereceria poucas linhas, caso o foco estivesse apenas na literalidade da expressão. Entretanto, há de se superar a evidente imprestabilidade da solução invocada por sua nomenclatura para ultrapassar a menção à proximidade e à eficiência e avançar no conteúdo das soluções trazidas pela teoria.

De fato, as inúmeras críticas dirigidas à teoria não impediram que, no Direito anglo-saxão, a *proximate cause* surgisse como doutrina dominante³⁰⁶, o que demanda maior explicação, pois a literalidade da expressão não é capaz de representar plenamente seu significado.

Nos Estados Unidos da América, a análise do nexo de causalidade envolve uma etapa naturalística, marcada pelo chamado *but for test*, e uma etapa limitadora, esta sim manifestada pela *proximate cause*.³⁰⁷

³⁰³ PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 320.

³⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Volume VIII. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 532.

³⁰⁵ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 78/79.

³⁰⁶ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Coimbra: 1950. Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 131.

³⁰⁷ SANTOLIM, Cesar. *Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil no direito brasileiro e português*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Lisboa, 2014, n. 10, p. 8449.

Jane Stapleton afirma que o processo histórico da edificação da causa próxima como um critério limitador do exame da causalidade teve início com o movimento realista norte-americano, na década de 1920, na qual a crítica dos autores – ainda atual cem anos depois – residia na constatação de que a investigação da causalidade servia apenas para justificar retoricamente a decisão judicial previamente escolhida, fundamentando a rejeição da pretensão nos casos em que, embora evidente a contribuição do evento no liame fático que culminou no prejuízo, a responsabilização se adequava mal às finalidades da responsabilidade civil (*torts*).

Propôs-se, assim, a distinção entre um juízo fático e um juízo de limitação – ainda não confessadamente normativo –, germe da distinção entre *cause-in-fact* e *proximate cause*.³⁰⁸

A primeira etapa representa o equivalente anglo-saxão do apego à perspectiva descritiva da causalidade que constitui o âmago da abordagem contrafactual, atuando o *but for test* exatamente como a eliminação hipotética típica da *conditio sine qua non*.

Nas palavras do mais influente repositório de doutrina e jurisprudência norte-americano em responsabilidade civil, o *Restatement (Third) of Torts*, “uma conduta é a causa factual do dano quando o dano não teria ocorrido caso ausente a conduta”, sendo tido como o parâmetro mínimo de demonstração causal, sem o qual a responsabilidade seria imputável ao arrepio até da noção de causalidade compartilhada pelo senso comum.³⁰⁹

Todavia, não se pode ignorar que, na operacionalização do juízo abstrato do *but for test*, especificamente na investigação sobre se os efeitos ocorreriam, ou não, caso retirado determinado fato do curso causal, os anglo-saxões demonstraram desde antes alta dose de flexibilidade – hoje buscada no campo probatório do direito romano-germânico –, afastando-se da certeza para admitir como suficiente a cláusula *most likely then not*.³¹⁰

³⁰⁸ STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019, p. 457.

³⁰⁹ ROBERTSON, David W. *Causation in the Restatement (Third) of Torts: Three Arguable Mistakes*, 44 Wake Forest Law Review, 2009. Disponível em: http://wakeforestlawreview.com/wp-content/uploads/2014/10/Robertson_LawReview_September2009.pdf. Acesso em 20 de fevereiro de 2020, p. 1008/1009.

³¹⁰ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 103.

Fixado que a abordagem anglo-saxã compartilha a premissa da obrigatoriedade de um juízo prévio naturalístico, as críticas mais contundentes à teoria da *proximate causa* decorrem de uma abordagem literal da perspectiva, da crítica ao que invoca a palavra “próxima”.

Inexiste qualquer critério científico-naturalístico para identificar maior relevância no fluxo causal em decorrência da proximidade com o evento, seja essa proximidade temporal ou física. Entretanto, assim como ocorre com a literalidade da teoria do dano direto e imediato, antes abordada, a *proximate causa* é uma expressão que corporifica uma orientação voltada à limitação de danos remotos, tidos por externos e extraordinários ao evento.

Na realidade prática da aplicação da cláusula, também são admitidos como indenizáveis uma larga gama de danos indiretos, cuja inadequação ao sentido literal da palavra proximidade é evidente.³¹¹ O juízo da *proximate causa*, na realidade, tem sido paulatinamente conduzido para longe dos critérios empíricos, de forma a admitir sua natureza de instrumento normativo de identificação e limitação da responsabilidade.

Não por outro motivo, embora submetido a críticas³¹², o *Restatement (Third) of Torts* propôs a reformulação da expressão da linguagem empregada no exame do nexo de causalidade.

O emprego da terminologia causal seria limitado à primeira etapa de investigação, ou seja, ao *cause-in-fact*, marcado pelo teste contrafactual do *but for*. Uma vez identificada a relação de necessariedade entre um evento e determinado resultado danoso, incidiria não mais o juízo do *proximate cause*, mas sim a análise confessadamente normativa do escopo da responsabilidade (*scope of liability*), cujo foco jaz na análise da correspondência entre a violação do dever constatada e os prejuízos tutelados pela edificação de tal dever.³¹³

³¹¹ STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019, p. 457.

³¹² ROBERTSON, David W. *Causation in the Restatement (Third) of Torts: Three Arguable Mistakes*, 44 Wake Forest Law Review, 2009. Disponível em: http://wakeforestlawreview.com/wp-content/uploads/2014/10/Robertson_LawReview_September2009.pdf. Acesso em 20 de fevereiro de 2020, p. 1023.

³¹³ STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019, p. 457.

Os termos causais, portanto, seriam identificados com a reconstrução empírica do curso dos eventos, o que indicia uma posição segundo a qual a análise normativa não compõe o nexo de causalidade, com o que não se pode concordar.

Dessa forma, embora esclarecido que a causa próxima representa mais do que sua literalidade indica – observação capaz de reduzir o descaso com que abordada a teoria –, permanecem as teorias da causa eficiente e da causa próxima como critérios insuficientes para a investigação causal, seja por remeter a um conceito naturalístico de eficácia inexistente, incapaz de ser controlado, seja – na moderna proposta norte-americana – por admitir apenas parcialmente a relevância do critério normativo.

2.6. Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada é, sem sombra de dúvidas, a que maior apoio angariou entre a doutrina e a jurisprudência. Com a pretensão de se diferenciar do critério puramente naturalístico e contrafactual da *conditio sine qua non*, a causalidade adequada introduz uma perspectiva lógica na identificação do fluxo causal, a partir da noção de regularidade.³¹⁴

Diz-se introduz, no sentido de adição, para pontuar que a teoria da causalidade parte da teoria da condição necessária, a qual serve de pressuposto da sua proposta de investigação causal. Nas palavras de Hart e Honoré, “a teoria da adequação exige que toda causa seja primeiro uma condição necessária da consequência; depois, aceita a equivalência de condições no sentido de que o único fundamento para distinguir entre elas é derivado de estimativas de probabilidade”.³¹⁵

A teoria da causalidade adequada bebe, ao mesmo tempo, na fonte das concepções de causalidade de natureza contrafactual e de regularidade.

Para que se possa identificar o fluxo causal, primeiro é necessário reconhecer quais são os elementos sem os quais o resultado não teria ocorrido como ocorreu – por meio do teste da eliminação hipotética –; em seguida, como forma de

³¹⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 123.

³¹⁵ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 446.

distinguir, dentre o grande conjunto de condições necessárias, qual merece a denominação de causa, um segundo juízo incide, desta feita focado na regularidade.

O eixo, portanto, deixa de ser apenas o vínculo especial entre um evento e determinado resultado, a partir de uma conexão necessária, para residir na regularidade de resultados esperada a partir da ocorrência de um determinado fato.³¹⁶

A abordagem ora estudada, portanto, parte da fórmula latina *id quod plerumque accidit*³¹⁷ – aquilo que normalmente acontece –, para prestigiar a experiência prática como critério de seleção, afastando-se da pretensão de cientificismo que marca a teoria da equivalência das condições causais e, assim, garantindo maior legitimidade social para as decisões jurisdicionais, as quais se aproximariam da noção de causa adotada pelo senso comum.³¹⁸

Como ponto de partida, portanto, pode-se afirmar que a teoria da causalidade adequada não se satisfaz com a identificação das condições necessárias para a provocação de um evento. Mais do que isso, entende que é essencial afastar do nexos causal os resultados aleatórios, extraordinários, cuja inclusão no curso dos eventos é uma consequência inexorável da aplicação do *but for test*, pois mesmo eventos extraordinários podem ser condição de um resultado. Tal projeto seria viabilizado mediante a exigência de que os resultados sejam ligados ao fato anterior por uma noção de constância, mais do que de necessariedade.³¹⁹

Para tanto, o exame é desenvolvido a partir da chamada prognose retrospectiva, ou seja, pela postura do jurista de, hipoteticamente, se colocar no momento anterior à adoção do comportamento ou ao desenvolvimento da atividade investigada, antecipando, abstrata e objetivamente, a probabilidade de ocorrência do evento danoso, a partir daquilo que normalmente acontece.³²⁰ Se o resultado é assim

³¹⁶ *Ibidem*, p. 465.

³¹⁷ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva, no âmbito do Direito Penal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.12, n.1, jul. 2017, p. 42.

³¹⁸ PEREIRA, Rui Soares. *O nexos de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 369.

³¹⁹ Segundo Edson Fachin, “não basta que a causa/conduita seja antecedente ao dano, mas, sim, que esta seja adequada à produção do mesmo. Assim, será causa de um dano aquela que, em juízo probabilístico e abstrato, venha a melhor se adequar à sua consecução” (FACHIN, Luiz Edson. *Nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções práticas de direito: pareceres – contratos e responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2011, v.1, p. 368).

³²⁰ Pablo Malheiros pontua que o teste é igualmente adotado no direito anglo-saxão, sob a denominação de *forseability test* (FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 84).

tido por alheio à consequência normal, não pode ser considerado causado pelo comportamento.

A limitação do nexo causal àquilo que normalmente acontece, com base na probabilidade objetiva, tem a grande vantagem de reforçar a ideia de que apenas há sentido em responsabilizar alguém por resultados esperados do fato anterior.

Deveras, se a finalidade precípua da responsabilidade civil é a reparação dos danos, por meio da recondução do ofendido à situação que experimentaria sem o evento lesivo, considerar como causa um elemento que, embora condição necessária do resultado, apenas extraordinariamente provocou o efeito observado, equivale a imputar responsabilidade por uma lesão que normalmente ocorreria por outros motivos, existisse, ou não, o comportamento ou a atividade objeto de investigação.³²¹

A causalidade adequada, portanto, seria um critério causal afinado ao princípio reitor da responsabilidade civil, qual seja a reparação integral.

Importa destacar que a prognose retrospectiva deve estar baseada na probabilidade, elemento de cariz objetivo, e não na previsibilidade. Como dito por Juan Prevot, “probabilidade significa verossimilhança, aparência de verdade ou qualidade de provável, isto é, que pode suceder. Previsibilidade, pelo contrário, é a qualidade de previsível, a dizer, todos os itens que podem ser previstos”³²², ou seja, visto com antecipação.

Dessa maneira, um juízo de caráter *ex ante* e concreto é inerente à previsibilidade, enquanto a probabilidade, por ser um dado objetivo, existe por si só, não estando limitada ao critério temporal. Algo é provável, ou não, independentemente do sujeito que promove a conduta ter o resultado por previsível.

A previsibilidade, destaque-se, pode estar presente no juízo de probabilidade – pois o agente pode, *ex ante*, conhecer as chances de ocorrência do resultado –, mas não é um dado necessário. Na medida em que a previsibilidade

³²¹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Coimbra: 1950. Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 152.

³²² PREVOT, Juan Manuel. *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, n. 15, diciembre, 2010, p. 168 (tradução nossa).

envolve conhecimento e, muitas vezes, o conhecimento apenas é revelado posteriormente, é possível haver probabilidade mesmo na falta de previsibilidade.³²³

Firma-se, assim, uma teoria alheia à pretensão descritiva da teoria da equivalência das condições causais – de reconstrução abstrata do curso causal concreto –, vinculada à identificação da idoneidade geral e abstrata do fato para produzir o resultado, construindo o liame causal “em relação a um resultado do gênero daquele que se verificou”.³²⁴ Tanto quanto saber como ocorreu o evento específico, interessa ao cultor da teoria da causalidade adequada investigar se resultados da espécie são esperados.

A exposição acima sumariza o panorama geral da teoria da causalidade adequada, a base de regularidade na qual se assenta e a espécie de correção de rumos, em relação à teoria da equivalência das condições causais, que pretende promover.

Entretanto, compreender a teoria passa, decisivamente, por reconhecer a multiplicidade de correntes e construções que, embora integrantes do mesmo gênero, engendram abordagens bastante distintas do que deve ser admitido como causa adequada de um resultado.

Pois bem.

As investigações voltadas à regularidade como elemento central da causalidade encontram em Von Bar seu ponto de partida.

Discordando da suficiência da premissa central da teoria da *conditio sine qua non* – qual seja, a equivalência, a indistinção, entre condições causais –, Von Bar afirmava a necessidade de construir um conceito de causa apropriado à pergunta que interessa ao jurista, diversa daquela que instiga o cientista natural. Como diria, “quando uma pedra é derrubada, gravidade é a causa da queda para o cientista, enquanto o ato de derrubar é o que interessa para o jurista e para o moralista”.³²⁵

³²³ Hart e Honoré ilustram a distinção acima: “se for mostrado que fumar causa câncer de pulmão, esta descoberta nos permitirá descrever casos passados e futuros de câncer como efeito ou consequência do fumo, mesmo que ninguém previsse ou tivesse motivos razoáveis para suspeitar disso no passado. O que é comum e comumente apreciado e, portanto, previsível, certamente controla o alcance das consequências em certas variedades de declaração causal, mas não em todas” (HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 70).

³²⁴ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O nexa de causalidade na responsabilidade civil*. Coimbra: 1950. Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 137.

³²⁵ *Apud* HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 466 (tradução nossa).

Para que seja construída uma investigação voltada a distinguir causa de condições, há de se reconhecer que a multiplicidade de condições negativas e positivas inerentes à ocorrência de qualquer evento – como visto anteriormente, um ponto espinhoso na teoria da *conditio sine qua non* – precisa ser abordada, pelo jurista, como um conjunto de elementos auxiliares, que permitem o fluxo normal dos eventos.

Estando normalmente presentes as condições positivas e negativas de um evento, a causa deve ser compreendida como a condição que altera a cadeia causal, o curso normal dos eventos até então esperado.

Ao se pensar em uma floresta em chamas, estão presentes as condições auxiliares positivas da existência de um corpo com aptidão para sofrer combustão e de oxigênio. Também costuma estar presente a condição negativa da ausência de uma chuva torrencial ou outra espécie de evento apto a impedir o incêndio, como poderia ser o rompimento de um dique próximo.

Entretanto, embora todos os dados acima sejam condições necessárias do resultado, o curso normal dos eventos não envolve o incêndio de uma floresta. Felizmente, a maior parte das florestas, na maior parte do tempo, não está em chamas. O que interessa particularmente ao Direito³²⁶ é o ato do sujeito que ateia fogo à árvore, pois apenas esse ato altera o fluxo regular dos eventos.

A ideia de Von Bar foi incorporada pelo alemão Johannes Von Kries – um fisiólogo, e não um jurista, com atuação centrada nas derradeiras décadas do século XIX –, que surge como o precursor da teoria da causalidade adequada.

O autor, interessado na aplicação da matemática e da estatística às ciências sociais – particularmente na sociologia, mas também no Direito –, encontrou na ideia de probabilidade objetiva o instrumento para aferir a presença, ou não, do curso regular dos eventos.

Embora reconheça a presença de outras condições necessárias, observou que certos eventos são estatisticamente mais aptos a causar determinados resultados, razão pela qual limitou a ideia de causa ao evento que ampliasse

³²⁶ Particularmente, pois nada impede que fatos jurídicos em sentido estrito, compreendidos como forças da natureza, tenham relevância jurídica, a exemplo da possibilidade de existência de um seguro protegendo a floresta do incêndio causado por um raio. Sobre o tema dos fatos jurídicos em sentido estrito: MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 187.

significativamente a probabilidade de um resultado.³²⁷ Os demais elementos, exatamente diante de sua pequena relevância estatística, não seriam capazes de alterar o curso normal dos eventos, representando mera coincidência.

A despeito da aparente simplicidade da assertiva, dúvidas e controvérsias logo surgiram.

Em primeiro lugar, Von Kries defendia a tese de que a probabilidade objetiva de um evento, por meio da prognose retrospectiva, deveria ser aferida a partir da perspectiva do lesante. Ao fazê-lo, incidiu na falha de confundir probabilidade – que deveria ser objetiva – com previsibilidade, pois utilizar o próprio agente como paradigma da investigação atrela a solução do teste ao conhecimento concreto do sujeito, abrindo espaço para a evidente confusão da causalidade com a culpabilidade.³²⁸

De fato, se o juízo de valor a respeito das consequências normais e esperadas do fato tomar por base a perspectiva do agente concreto, sempre que presente a probabilidade objetiva assim aferida, igualmente haverá previsibilidade dos danos e, portanto, a edificação de um dever de cuidado, cuja preterição corporifica o ilícito culposos.³²⁹

Em segundo lugar, deixou de esclarecer se o critério distintivo para a qualificação como causa é o aumento significativo da probabilidade ou o aumento para uma probabilidade significativa.

Hart e Honoré ilustram a dúvida com o seguinte exemplo: se uma determinada doença atinge exclusivamente certa espécie de profissão – em decorrência do contato com agentes específicos –, sendo praticamente nula a possibilidade de um terceiro experimentar a moléstia, iniciar no exercício da profissão amplia significativamente a probabilidade de sofrer a moléstia, pois qualquer aumento acima do antigo patamar de zero por cento é substancial. Entretanto, é possível que, dentro da profissão, a chance de contrair a doença seja ínfima, inexistindo o aumento para uma probabilidade significativa.³³⁰

³²⁷ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O nexos de causalidade na responsabilidade civil*. Coimbra: 1950. Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 140.

³²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59.

³²⁹ PREVOT, Juan Manuel. *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, n. 15, diciembre, 2010, p. 162.

³³⁰ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 471.

Contraindo o empregado a doença, seria possível imputar ao empregador responsabilidade civil pelos prejuízos experimentados, com base na teoria da adequação? A dúvida é pertinente pois, embora o exercício da profissão seja condição necessária do evento e amplie significativamente a probabilidade objetiva, dentro da profissão o contágio seria inexpressivo, um resultado não regular.

Embora a segunda das críticas acima tenha sido ignorada pela doutrina, floresceu na academia a discussão sobre qual seria o paradigma correto de análise da probabilidade objetiva.

Enquanto Thon e Rumelin defenderam a utilização do homem médio, e não do agente concreto, como critério para a realização da prognose, Traeger defendeu uma fórmula mista, que abarcasse tanto o conhecimento geral, integrante do estado geral da ciência, quanto as particulares informações disponíveis para o agente concreto.³³¹

Um exemplo bem demonstra a importância da eleição do parâmetro de investigação da adequação na construção do dever de indenizar: “A deixa cair os óculos e B morre de susto: não há causalidade, por falta de adequação; porém, se A, herdeiro de B e conhecedor de sua insuficiência cardíaca, agravada por grande sensibilidade ao inesperado, deixa cair os óculos, para matar B que, de facto morre, já haverá responsabilidade”.³³²

Ou seja, embora o fato seja pouco provável aos olhos do homem médio, caso seja tomada por base a particular compreensão do agente específico, o evento não mais se apresenta extraordinário. O critério de apreciação da adequação, portanto, condiciona o resultado.

A hipótese acima demonstra a sinuca de bico em que se encontra a teoria da adequação: se a prognose retrospectiva adota como critério o agente concreto, com seus conhecimentos específicos, como propõe Von Kries, confunde-se com a culpa e retira do nexo causal eventos que, embora determinantes do ponto de vista estatístico, não seriam do conhecimento do agente. Caso incorpore uma análise puramente objetiva, baseada na estatística e não no conhecimento especial dos agentes, negará o nexo de causalidade em casos nos quais, embora abstratamente

³³¹ PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 338/341.

³³² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Volume VIII. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 535.

pouco provável o resultado final, o agente concreto conheça a presença de circunstâncias que tornem provável o efeito. Por fim, caso incorpore não apenas o conhecimento geral, mas também a perspectiva específica do agente concreto, “veremos que a fórmula da adequação já não é bitola de coisa nenhuma: trata-se, apenas, de um espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético”.³³³

Uma segunda clivagem na teoria da adequação diz respeito à adoção de sua formulação positiva ou negativa.

A teoria positiva, defendida especialmente por Traeger, considera adequado o evento que, a partir das regras da experiência, produza o dano como consequência típica, normal e esperada do fato. Por sua vez, Enneccerus advogava a teoria negativa, de mais larga amplitude, segundo a qual o dano apenas não será uma consequência adequada de um evento que lhe sirva de condição necessária quando tenha sido provocado de maneira anormal, extraordinária, aleatória, pois nesse caso seria mera coincidência.³³⁴

Observe-se que as propostas acima levam o jurista a soluções muito diversas, pois um evento que não seja uma consequência esperada do fato não necessariamente lhe será indiferente.

Cabe ponderar que a proposta negativa prevalecente, tamanha a abrangência que confere ao que deve ser tido por adequado, finda por se tornar praticamente inútil. Isso porque, sendo certo que o evento participou da cadeia causal – por ser sua qualidade de condição necessária premissa da investigação seguinte, a respeito da adequação –, perguntar se um evento é indiferente ao resultado é uma pergunta simplesmente vazia: a resposta será invariavelmente pela relevância.

Por exemplo, a jurisprudência brasileira é seguidamente confrontada com pretensões de responsabilização civil das concessionárias de transporte urbano, em especial de autocarros, no contexto de roubos praticados no interior do veículo. Ora, não sendo o roubo uma consequência típica, normal, da utilização do meio de transporte, o que afastaria o nexo causal pela teoria positiva, há de se admitir que estar em um autocarro – local com grande concentração de pessoas, fechado, com

³³³ *Ibidem*, p. 535.

³³⁴ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 193.

apenas duas portas, a permitir o controle da situação pelo criminoso – não é um elemento indiferente ao evento danoso.

A incidência da teoria negativa, portanto, incorretamente levaria ao reconhecimento do nexo de causalidade entre a prestação do serviço e o dano verificado. Todavia, por outros fundamentos diversos da adequação – a serem posteriormente abordados –, não é possível responsabilizar a transportadora pelo evento lesivo, como corretamente decide o Superior Tribunal de Justiça brasileiro.³³⁵

O exemplo acima tem por finalidade apontar o critério negativo da adequação é excessivamente incerto, diante da inexistência de paradigmas seguros para aferir o que, sob o ponto de vista estatístico subjacente à teoria, é anormal, extraordinário.

A despeito dos pontos acima, a teoria da adequação, em sua concepção negativa, é amplamente dominante, tanto em Portugal³³⁶, quanto no Brasil.³³⁷

Na doutrina portuguesa, há forte posição no sentido de identificar o art. 563.º do Código Civil como indicativo da adoção da teoria da causalidade adequada em sede de responsabilidade civil.³³⁸ Dispõe o mencionado artigo que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Fernando Pessoa Jorge afirma que a utilização do advérbio “provavelmente” funciona como o fator distintivo apto a afastar o texto legal da teoria da equivalência das condições causais, pois não basta ao fato ser condição necessária do resultado – “danos que o lesado (...) não teria sofrido se não fosse a lesão” –, havendo necessidade de que o resultado seja esperado, normal e, portanto, provável.³³⁹

A adesão legislativa à teoria da causalidade adequada é refutada por Menezes Cordeiro, ao defender que o emprego do advérbio tem por finalidade apenas

³³⁵ REsp 331.801-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 05/10/2004.

³³⁶ MONTEIRO, Jorge Pessoa Sinde. *Rudimentos da responsabilidade civil*, In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, 2005, p. 380.

³³⁷ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, vol. 816/2003, Out, 2003, p. 745.

³³⁸ Rui Pereira aponta que a tradição de associar o dispositivo à teoria da causalidade remonta a Antunes Varela (PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 248).

³³⁹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 409.

afastar da investigação da causalidade o elemento certeza, bastando, entre fato e resultado, um liame com “probabilidade razoável de (...) existência”.³⁴⁰

De qualquer modo, embora deva-se rejeitar argumentos no sentido de que o legislador possui a palavra definitiva sobre a teoria da causalidade aplicável – pois a investigação do tema compete fundamentalmente à doutrina e à jurisprudência, atentos à aplicação prática do instituto –, não se pode negar a influência da teoria nas codificações mundo a fora.

Na Argentina, o Código Civil de 2015³⁴¹, derogando o tradicional Código de 1869, adotou expressamente a fórmula da causalidade adequada³⁴², consolidando na legislação as contradições acima comentadas, da seguinte forma.

O art. 901 do Código define como consequências imediatas as “consequências de um fato que geralmente acontece, de acordo com o curso natural e comum das coisas”. Por sua vez, consequências mediatas são aquelas “que resultam apenas da conexão de um fato com um acontecimento distinto”, distinguindo a norma ainda as consequências casuais, quais sejam, “as consequências mediatas que não podem ser previstas”.

A partir das definições acima, a lei determina que a parte responde pelas consequências imediatas de seus atos voluntários (art. 903), enquanto as consequências mediatas “são também imputáveis ao autor do fato, quando as houver previsto ou quando, empregando a devida atenção e conhecimento da coisa, poderia as ter previsto” (art. 904). Por sua vez, as consequências casuais, em regra, não são imputáveis ao autor do fato, salvo quando o objeto de seu dolo (art. 905).

Portanto, vê-se que a legislação argentina admitiu a teoria da causalidade na formulação ampla advogada por Traeger, aceitando a convivência de critérios objetivos de regularidade e probabilidade – evidenciados pela menção ao curso normal dos eventos do art. 903 – com elementos de previsibilidade do sujeito concreto nos danos mediatos (art. 904).

³⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Volume VIII. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 542.

³⁴¹ Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf

³⁴² ITURRASPE, Jorge Mosset. *La relación de causalidade en la responsabilidad extracontractual*. Revista Latinoamericana de Derecho. Año 1. n. 1. Janeiro – Junho, 2004, p. 368.

A confusão entre causalidade e culpabilidade, portanto, encontrou moradia na legislação argentina.³⁴³

Retornando à Europa, os Tribunais alemães tradicionalmente adotaram a causalidade adequada como o critério de análise do nexo de causalidade, embora a tese esteja atualmente sob críticas.³⁴⁴

Interessante exemplo da aplicação da teoria da causalidade adequada encontra-se no seguinte caso, julgado em 1955 pelo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*): em 1946, uma pessoa, pai e maridos dos autores, foi submetido à inoculação geral contra o tifo, fruto de uma ordem administrativa da província de Hanover. Após a aplicação das vacinas, inchaços passaram a aparecer no corpo da vítima, cuja evolução levou o indivíduo à morte, em 1948.³⁴⁵

Reformando a decisão das Cortes inferiores, o Tribunal Federal reconheceu a presença de nexo causal na hipótese, sendo o caso alçado à Corte superior, que ratificou o acolhimento da pretensão.

Firme na prova produzida nas instâncias anteriores – a qual demonstrou que a vacina produziu uma infecção pela bactéria estafilococo, que se desenvolveu até alcançar a forma de um sarcoma maligno –, o BGHZ não deixou de observar que o curso causal verificado “pertence à classe dos fenômenos médicos raros”, embora casos da espécie não estivessem fora da experiência geral da medicina, o que tornaria a vacinação um evento incapaz, sob um juízo de valor probabilístico e abstrato, de causar o resultado morte.

Sob tal raciocínio, mesmo que fosse a causa concreta do óbito, a presença do nexo causal estaria comprometida pela aplicação da teoria da causalidade adequada, em sua versão positiva, pois o evento não faz parte do curso normal dos fatos.

³⁴³ Ainda na América Latina, Héctor Basualto afirma prevalecer no Chile a teoria da causalidade adequada, espelhando o Direito o atual debate filosófico sobre o tema, no qual “parece impor-se a compreensão da causalidade como um certo tipo de regularidade existente entre eventos observáveis no mundo físico e não como uma força (...), em virtude da qual um evento prévio (causa) constitui condição necessária de outro posterior (resultado)” (BASUALTO, Héctor Hernández. *El problema de la causalidad general en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)*. Polít. crim. nº 1, A7, 2006, p. 13).

³⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8/2016, Jul - Set, 2016, p. 126.

³⁴⁵ BGHZ 18, 286.

Entretanto, não apenas da probabilidade se valeu o órgão julgador. Pontuou a Corte, “que a questão da adequação entre condição e consequência não pode ser respondida de maneira puramente lógica e abstrata, calculando numericamente a frequência das ocorrências de tal consequência, mas sim, em um julgamento de valor”. Assim, afirmando que a ordem administrativa para inoculação geral contra a doença teria sido adotada mesmo diante no contexto de ciência das autoridades sobre a possibilidade da ocorrência de resultados raros, como efetivamente ocorreu, “uma conexão causal adequada entre inoculação e morte deve ser tida por existente, independentemente da maneira como ocorreu o evento”.³⁴⁶

De início, não se pode deixar de destacar que a fundamentação da Corte Federal estaria melhor posicionada no interior da teoria do risco, posteriormente abordada, na medida em que se afasta da noção de causalidade enquanto regularidade para admitir seja a causalidade fruto de um juízo de valor.

De qualquer forma, invocando o Tribunal expressamente a teoria da causalidade adequada, vê-se que a perspectiva negativa prosperou, ao reconhecerem os julgadores que a morte, embora resultado raro, não pode ser considerado um evento indiferente à opção governamental pela vacinação geral.

Em igual sentido caminha parte da jurisprudência brasileira.

Como exemplo, destaca-se o surgimento de uma lide concreta envolvendo um exemplo classicamente acadêmico: determinado sujeito foi vítima de acidente de trânsito decorrente da atuação culposa do motorista de um caminhão de uma distribuidora de gás. Como consequência do grave acidente, a vítima permaneceu em coma por duas semanas, com distúrbio de memória e incapacidade laboral.

Realizada uma primeira cirurgia, para atender aos danos diretamente relacionados ao acidente de trânsito, foi necessária uma segunda intervenção médica, desta feita, uma broncofibroscopia, fruto do erro da equipe médica inicial, ao esquecer uma gaze na traqueia do paciente.

Buscou o autor, em face do empregador do motorista culposo, a reparação dos danos relativos à segunda cirurgia, pretensão acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo o relator, “a responsabilidade do causador do dano se estende a todas as consequências que são desdobramentos naturais da ação culposa, inclusive às agravantes, que decorrem da eventual falta de atendimento a tempo certo, defeito

³⁴⁶ Disponível em: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1380> (tradução nossa).

no tratamento, falta de medicação, deficiência da instalação hospitalar, imperícia do médico que atendeu o paciente, etc.” Isso porque, na “teoria da causalidade adequada, o fato superveniente que exclui é apenas o que inaugura um novo curso causal, só por si capaz de produzir o resultado”, o que não seria o caso.

Novamente, a teoria adotada pelas Cortes – ao se deparar com eventos que se afastam do curso normal dos fatos –, utiliza a versão negativa da causalidade adequada como instrumento para reconhecer a obrigação de indenizar por eventos que, do ponto de vista naturalístico, são provocados mais por uma ação posterior do que pelo evento inicialmente examinado.

Fixados os contornos da teoria da adequação, bem como sua vertente negativa, cabe destacar que, embora dominante, a teoria da causalidade adequada é repleta de falhas.

Em primeiro lugar, não se pode ignorar que a teoria da causalidade adequada busca conduzir o jurista a um juízo complementar de regularidade, mas apenas após a identificação da presença de uma condição necessária.

Dessa forma, a teoria incorre nos mesmos vícios que maculam a teoria da *conditio sine qua non*, que lhe serve de alicerce. Portanto, a causalidade adequada não resolve os problemas enfrentados pela teoria da *conditio sine qua non*, nos relevantes casos de causalidade virtual, de causalidade alternativa e de causalidade concorrente. Tampouco oferece uma explicação legítima à situação das omissões, cuja relevância para o Direito não é factual, mas sim normativa.

Da mesma, os casos de causalidade complementar necessária – na qual apenas a soma de dois comportamentos é capaz de provocar o resultado danoso, em uma dinâmica de complementaridade – restam sem solução. Embora sejam considerados condição necessária do evento, pois a falta de qualquer dos fatos cumulativos levaria à inoccorrência do resultado, nenhum deles tinha como resultado normal e esperado o dano, exatamente por serem, por si sós, insuficientes.³⁴⁷

Em outra falha, ao pressupor uma regularidade causal, a aplicação da teoria depende de uma pluralidade de casos, pois apenas assim é possível conhecer

³⁴⁷ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil do produtor e nexos de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017, p. 183.

o curso normal dos eventos, o que torna o critério inoperante em um contexto de danos isolados, de casos raros.³⁴⁸

Ademais, a doutrina aponta, com bastante ênfase, a dificuldade da teoria em lidar com a relevância da formatação da pergunta na decisão sobre se determinada condição deve, ou não, ser qualificada como causa adequada do evento.

Como bem colocado por Mafalda Miranda Barbosa, “se se perguntar ‘é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa’, a resposta será, em princípio, negativa. Mas, se se perguntar ‘é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau’, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta já vai contida na indagação”.³⁴⁹

Não por acaso pontua o professor Rui Ataíde, que, “apesar da larga aceitação que suscitou, o enunciado da adequação não apenas não soluciona devidamente os processos causais cumulativos e hipotéticos, por se enraizar na teoria da *conditio*, como ainda constitui um critério movediço, pois os seus resultados dependem da maior ou menor vacuidade do juízo de prognose”.³⁵⁰

Outro grave problema reside no fato de que a teoria, embora filha da tradição filosófica da causalidade enquanto regularidade entre fatos naturais – portanto, com os pés fincados no mundo naturalístico –, cada vez mais tem sido utilizada como um instrumento de imputação normativa da obrigação de indenizar, sem o devido reconhecimento dessa característica.

Como visto nos vários exemplos acima indicados, a utilização da teoria da causalidade em sua versão negativa – ao incluir no nexo de causalidade mesmo resultados que não possuam constância fática com os fatos investigados, desde que não sejam tidos por extraordinários – afasta a construção de seu leito originário, qual seja o terreno da investigação empírica, factual.

³⁴⁸ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 89.

³⁴⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 50.

³⁵⁰ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 194.

Sem confissão, a teoria deixa de ser uma teoria centrada na reconstrução fática para abarcar um juízo de valor normativo e axiológico, pois o juízo de indiferença próprio da perspectiva negativa pouco tem de naturalístico.

Em decorrência, questiona-se o próprio nome da teoria, que de *teoria da causalidade adequada* passaria a ser denominada, simplesmente, de *teoria da adequação*, sendo a supressão da expressão causalidade forma de demonstrar seu descolamento da questão fática, servindo de instrumento alheio à regularidade naturalística, voltado à (de)limitação da responsabilidade.³⁵¹

De fato, a utilização da causalidade adequada na formulação tradicional, ligada à probabilidade de ocorrência do resultado danoso, legitima a adoção de resultados injustos, inaceitáveis do ponto de vista jurídico, o que justifica a demanda implícita por critérios normativos.

Como exemplo de como a perspectiva da adequação acarreta soluções inadequadas, a doutrina aponta caso apreciado pelos Tribunais alemães, na qual um sujeito foi ferido pelo fogo ao tentar salvar os ocupantes de um veículo há pouco envolvido em um acidente provocado por um motorista alcoolizado. Ao avaliar a existência, ou não, de nexo de causalidade entre a ação do motorista alcoolizado e os danos causados pelo fogo sobre o terceiro que se lançou ao resgate, rejeitou a Corte o liame sob o fundamento de que a intercessão de um terceiro junto aos acidentados representa situação remota, pouco provável, não fazendo parte do curso normal e esperado de um acidente de viação.³⁵²

A pouca probabilidade objetiva do dano suportado pelo terceiro, portanto, foi utilizada como instrumento de rejeitar a obrigação de indenizar, o que, embora inadequado enquanto solução para o caso, é coerente com a teoria.

Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro ignorou a probabilidade objetiva ao corretamente reconhecer a responsabilidade civil do companheiro que, suspeito da sua condição de portador do vírus HIV – em decorrência de comportamento anterior que envolvia pluralidade de parceiras e

³⁵¹ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 465.

³⁵² BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 43.

utilização de drogas injetáveis –, deixou de comunicar o fato à sua parceira e, em consequência, transmitiu à companheira a doença.³⁵³

Aqui, diferentemente do que ocorre com a grande maioria de situações danosas, em relação às quais inexistem estudos científicos sobre a probabilidade de um evento, a transmissão do vírus HIV é objeto de dedicada atenção da comunidade científica. Com base nos estudos do Centros de Controle de Doenças dos Estados Unidos, a probabilidade de a mulher contrair o vírus HIV, na dinâmica da relação heterossexual, a exemplo da examinada pelo julgado, varia entre 0,08% e 1,38%.³⁵⁴

Contrair o vírus, portanto, é resultado objetivamente improvável, alheio ao curso normal dos eventos, o que levaria a Corte, caso obediente à formulação positiva da teoria e à perspectiva naturalística, a negar a pretensão indenizatória, à exemplo do que fez a Corte alemã no caso do vitimado pelo fogo acima.

Nem por isso, todavia, é aceitável rejeitar a presença do nexo causal na espécie, sendo a utilização da teoria negativa da causalidade adequada – ao arrepio da evidente ausência de relação de regularidade entre comportamento e resultado – apenas um pretexto para o jurista valer-se de juízos de outra espécie, diversos do exame do naturalístico, não admitidos expressamente. Repita-se, aplicar a perspectiva negativa em um caso da espécie em nada contribuiria para a investigação: se o contato sexual foi condição necessária da contaminação, é evidente que nunca poderia ser considerado fato aleatório ao resultado.

Dessa forma, resta claro que a teoria da causalidade adequada – diante das falhas que lhe são inerentes, as quais não foram suprimidas pelo conjunto de subteorias – sacrificou a necessária coerência teórica em prol do projeto de viabilizar soluções apropriadas aos casos concretos, abandonando, na prática, uma concepção fincada na aceitação da causalidade fática probabilística.

Seja na formulação positiva ou negativa, e independentemente do parâmetro de investigação adotado – o sujeito concreto, o homem médio ou ambos –

³⁵³ REsp 1760943/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 06/05/2019.

³⁵⁴ https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2017/11/gabarito_desafio_unaids.pdf

, atualmente, a teoria da causalidade adequada surge como uma “fórmula vazia”³⁵⁵, incapaz de encapsular as soluções alcançadas em seu nome.³⁵⁶

2.7. Teoria da necessidade fraca/suficiência forte: a abordagem NESS

Em paralelo ao desenvolvimento das teorias do nexo de causalidade na tradição romano-germânica, o estudo do tema no meio jurídico anglo-saxão trouxe provocações aptas a alterar a dinâmica da discussão causal para além do âmbito jurídico. As ideias produzidas no campo normativo ampliaram seu público esperado para gerar profunda influência até na filosofia.³⁵⁷

O ponto culminante dessa trajetória de rediscussão dos critérios que definem a causalidade encontra-se no algoritmo NESS (*necessary element of a sufficient set*), cunhado por Richard Wright em 1985 como um instrumento retórico capaz de sintetizar a posição que encontra na suficiência, e não na necessariedade, o paradigma adequado de construção do liame causal naturalístico.³⁵⁸

Para compreender a proposta de Wright, é importante primeiramente lembrar que o emprego da expressão *causa*, no Direito anglo-saxão, envolve tradicionalmente uma análise bifurcada, iniciada pela chamada *cause-in-fact*, e complementada pela *causation in law*.

Como a nomenclatura empregada já indica, a primeira etapa tem por foco a definição do fluxo causal empírico, ou seja, a demonstração daquilo que realmente ocorreu no mundo real, base sobre a qual será exercida a investigação jurídica. Aqui, prevalece na jurisprudência anglo-saxã a utilização do critério da necessariedade, através do emprego do *but for test*, o qual, como vimos, espelha naquela seara a teoria

³⁵⁵ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 43.

³⁵⁶ Após reconhecer a adoção da teoria da causalidade adequada na Alemanha, aponta, todavia, a doutrina que a amplitude do critério de identificação do que vem a ser adequado – englobando tanto o observador ótimo, quanto o agente em concreto – finda por tornar o critério flexível em excesso: “O critério da adequação perde assim muita da sua aptidão a fim de limitar a responsabilidade do agente” (VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado. Volume II. Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 448).

³⁵⁷ INGEBORG, Puppe; WRIGHT, Richard W. *Causation in the Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, In Forthcoming in The Common Core of European Private Law: Causation (Marta Infantino and Eleni Zervogianni eds. Cambridge Univ. Press, 2016). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2746916>. Acesso em 29 de fevereiro de 2019, p. 23.

³⁵⁸ WRIGHT, Richard W. *The NESS account of natural causation: a response to criticism* (Julho, 2011). In Perspectives on causation, Chapter 14, R. Goldberg, ed., Hart Publishing, 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1918405>. Acesso em 10 de outubro de 2019, p. 5.

da equivalência das condições causais, com a eliminação hipotética do evento como teste contrafactual.³⁵⁹

Já na segunda etapa incide o exame da *proximate cause*, cuja principal qualidade é promover um juízo normativo capaz de afastar do fluxo de acontecimentos decorrente do evento investigado, por critérios nem sempre claros, as consequências extraordinárias, tidas por alheias.

O ponto acima já demonstra que, ao contrário da intenção de autores como Wright³⁶⁰ e Stapleton³⁶¹, a palavra causa e as expressões dela decorrentes são comumente empregados pela jurisprudência e pelo uso linguístico comum tanto para descrever a relação fática, quanto para indicar a atribuição jurídica ou moral de responsabilidade.

Para Wright – e é apenas nesse ponto que atua a teoria da forte suficiência (*strong sufficiency*) –, a causalidade refere-se apenas à abordagem natural, científica, factual, e não à questão normativa de atribuição da responsabilidade, participando apenas da etapa da *cause-in-fact*. A discussão sobre a atribuição de responsabilidade, afirma, é alheia ao estudo da causalidade.³⁶²

Firme em tal premissa, a perspectiva da teoria NESS parte da afirmação da inadequação do critério prevalente na definição da causalidade naturalística, qual seja a condição necessária (*conditio sine qua non*), denominada pela doutrina anglo-saxã de *strong necessity analysis*, instrumentalizado pelo teste *but for*.

Como visto no tópico a respeito da teoria da equivalência das condições causais, a identificação da relação causal com o vínculo necessário acima descrito gera situações absurdas, inaceitáveis jurídica e socialmente, especialmente quando confrontada com as situações de sobredeterminação causal – causalidade cumulativa, concorrente excessiva e causalidade virtual.

Cabe aqui ratificar situações como aquela em que duas fontes de fogo atingem simultaneamente uma mesma casa, ambas aptas a causar sua destruição

³⁵⁹ GONZÁLEZ, Jorge Baraona. *La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: panorama de derecho comparado*. Revista Chilena de Derecho, vol. 31, n. 2, 2004, p. 212.

³⁶⁰ WRIGHT, Richard W. *The NESS account of natural causation: a response to criticism* (Julho, 2011). In Perspectives on causation, Chapter 14, R. Goldberg, ed., Hart Publishing, 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1918405>. Acesso em 10 de outubro de 2019, p. 11.

³⁶¹ STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019, p. 457.

³⁶² WRIGHT, Richard W. *Proving Causation: Probability Versus Belief*. Perspectives on causation, Ch. 10, R. Goldberg, ed., Hart Publishing, 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1918474>. Acesso em 02 de março de 2020, p. 12.

(causalidade cumulativa); da fonte de fogo que atinge e destrói primeiro a causa, embora a labareda seguinte fosse igualmente capaz a provocar o resultado (causa virtual); bem como da situação em que vários indivíduos despejam poluentes em um rio, cuja soma de detritos não apenas alcança, mas supera, o quantitativo necessário para causar um dano ambiental (causalidade complementar excessiva).

Em todas elas, o emprego da condição necessária (*strong necessity*) levaria à absolvição dos envolvidos por ausência de nexo de causalidade, solução cuja adoção, ao se afastar do senso comum, representaria grave risco à legitimidade social do Direito³⁶³, o que justifica sua negativa pela jurisprudência e o rechaço da doutrina, mesmo antes do surgimento de uma teoria substitutiva.

Wright inspira-se nas observações de Hart e Honoré sobre as diferentes acepções da palavra “necessário”³⁶⁴, em um processo de aprofundamento de uma passagem até então lateral da já citada obra seminal sobre a causalidade, erigindo uma reflexão secundária em alicerce de uma nova teoria.

De acordo com os Hart e Honoré, “uma condição pode ser necessária em um sentido forte [*strong sense*], a saber, quando sabemos que é um membro necessário de todos os conjuntos de condições suficientes para um certo tipo de ocorrência. Portanto, sabemos que a presença de oxigênio é, nesse sentido, condição necessária do fogo; nenhum fogo pode ocorrer sem isso e, embora saibamos que existem muitos conjuntos alternativos de condições suficientes para o fogo, em todas elas o oxigênio surge como um constituinte necessário”.³⁶⁵ É esse o sentido que ampara a teoria da equivalência das condições causais.

A utilização do adjetivo *strong* tem, portanto, por finalidade demonstrar o emprego da expressão em sua forma estrita, na medida em que a necessariedade não envolve, fatalmente, a ideia veiculada pelo teste da eliminação hipotética. Ou seja, ainda respeitando a acepção socialmente compartilhada da palavra necessidade, outras relações entre eventos podem ser construídas, para além daquela segundo a

³⁶³ PEREIRA, Rui Soares. O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade. Coimbra: Almedina, 2017, p. 238

³⁶⁴ INGEBORG, Puppe; WRIGHT, Richard W. *Causation in the Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, In Forthcoming in The Common Core of European Private Law: Causation (Marta Infantino and Eleni Zervogianni eds. Cambridge Univ. Press, 2016). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2746916>. Acesso em 29 de fevereiro de 2019, p. 22.

³⁶⁵ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 112 (tradução nossa).

qual a ligação causal apenas está presente se, na falta hipotética do evento investigado, o resultado deixar de acontecer.

Ou seja, esse não é o único significado do termo *necessariedade*.

Ponderam Hart e Honoré que “uma condição pode ser necessária simplesmente no sentido de que é parte de um conjunto de condições suficientes para a produção da consequência: é necessária porque é essencial para completar o conjunto”.³⁶⁶

De fato, a descrição causal perfeita envolveria uma narrativa sem fim, pois, para caracterizar com precisão qualquer evento, do mais simples ao mais complexo, seria necessário descrever todo o universo, pois cada evento ocorre apenas em um determinado momento no tempo e no espaço. Evidentemente, a pormenorização causal completa seria impossível.

Entretanto, a constatação acima remete ao projeto de construção de um critério lógico para a interrupção do processo de descrição causal.

Respondendo ao ponto sobre a extensão da descrição das condições – como visto anteriormente, uma das críticas endereçadas ao *but for test*, diante do risco de inserção de elementos irrelevantes –, Wright propõe que a investigação deve se limitar a incluir os elementos que sejam necessários à suficiência do evento. Surge, assim, o teste NESS, um acrônimo para o critério que governa a teoria, qual seja a identificação do *necessary element of a sufficient set*.

Wright denomina o critério de fraca necessidade/forte suficiência (*weak necessity/strong sufficiency*), em contraposição ao critério da *strong necessity*.³⁶⁷ Para o autor, enquanto o critério forte da necessidade incorre nas falhas já apontada em relação à teoria da *conditio sine qua non*, o critério fraco da necessidade – sem o acréscimo da suficiência – falha ao permitir a inclusão de qualquer elemento na descrição do evento.³⁶⁸

Ao contrário, a conjugação da necessidade fraca com a suficiência forte produz, para o autor, a perspectiva derradeira da causalidade fática.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 112.

³⁶⁷ INGEBORG, Puppe; WRIGHT, Richard W. *Causation in the Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, In Forthcoming in The Common Core of European Private Law: Causation (Marta Infantino and Eleni Zervogianni eds. Cambridge Univ. Press, 2016). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2746916>. Acesso em 29 de fevereiro de 2019, p. 23.

³⁶⁸ WRIGHT, Richard W. *Proving Causation: Probability Versus Belief*. Perspectives on causation, Ch. 10, R. Goldberg, ed., Hart Publishing, 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1918474>. Acesso em 02 de março de 2020, p. 22.

De acordo com o autor, valendo-se do teste NESS, “uma condição contribui para certa consequência se, e apenas se, foi necessária para a suficiência de um conjunto de condições antecedentes que eram suficientes para a ocorrência do consequente”, teste este promovido não em abstrato, mas a partir da demonstração concreta da presença dos elementos.³⁶⁹

De fato, tal fórmula substitui, com larga vantagem, o teste da eliminação hipotética, especialmente nos problemáticos casos de sobredeterminação causal.³⁷⁰

No já mencionado exemplo das duas fontes de fogo independentes, ambas com aptidão para destruir a casa, que atingem o bem ao mesmo tempo (causalidade cumulativa), cada fonte de fogo é, sozinha, condição necessária para a suficiência do conjunto de elementos presentes, sejam os positivos (objeto com massa apta a ser queimada, oxigênio, fluxo do vento), sejam os negativos (ausência de chuva torrencial e falta do corpo de bombeiros). Não é exigível, portanto, eliminar abstratamente cada uma das fontes de fogo e investigar se o resultado ocorreria, mas apenas atestar a necessidade da participação concreta de cada fonte de fogo na suficiência do conjunto de elementos.

Por outro lado, se uma das fontes de fogo atingiu a casa antes da outra, que igualmente atingiria o mesmo bem logo depois (causa virtual), apenas o primeiro evento pode ser considerado um elemento necessário para a suficiência do conjunto de condições, na medida em que, ao tempo da chegada da segunda fonte de fogo ao local, faltava um elemento essencial para a suficiência do conjunto de elementos: a casa, que já estava queimada.³⁷¹

A compreensão de causalidade fática construída por Wright, portanto, representa um elogiável avanço em relação à teoria que, há mais de um século, dominou e ainda domina a compreensão contrafactual de filósofos e juristas.³⁷²

³⁶⁹ WRIGHT, Richard W. *Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution, and the Extent of Legal Responsibility*. Vanderbilt Law Review, Vol. 54, N. 3, 2001. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=254875>. Acesso em 03 de março de 2020, p. 26/27.

³⁷⁰ STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019, p. 472.

³⁷¹ WRIGHT, Richard W. *Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution, and the Extent of Legal Responsibility*. Vanderbilt Law Review, Vol. 54, N. 3, 2001. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=254875>. Acesso em 03 de março de 2020, p. 28.

³⁷² A doutrina reconhece que, a despeito do acerto da teoria, os Tribunais ainda não incorporaram a ideia (GONZÁLEZ, Jorge Baraona. *La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontratual: panorama de derecho comparado*. Revista Chilena de Derecho, vol. 31, n. 2, 2004, p. 215/216).

Merece, assim, acolhida enquanto o critério lógico capaz de orientar o jurista na identificação dos elementos fáticos que, uma vez submetidas ao regime probatório – a partir dos parâmetros de convencimento considerados adequados –, servirão de suporte da investigação sobre a atribuição do dever de indenizar.

Todavia, a grande vantagem da teoria – qual seja a identificação de um critério adequado para a identificação da causalidade fática – expõe igualmente a sua maior falha no terreno da responsabilidade civil: o fato de possuir como pressuposto a ideia de que o nexo de causalidade é meramente uma questão naturalística, empírica.

Pelo contrário, conforme será posteriormente esmiuçado, a relação de causalidade na obrigação de indenizar está necessariamente amparada em critérios normativos – embora nunca indiferente à necessidade de coerência com as leis da natureza –, razão pela qual acolher a teoria de Wright significaria restringir em excesso o instituto do nexo de causalidade, ignorando a longa tradição de incorporar referências jurídicas à construção do enlace causal.

2.8. Do pano de fundo das teorias normativas da causalidade

As teorias acima expostas possuem uma premissa em comum: a pretensão de utilizar uma determinada fórmula, uma certa abordagem lógica, para descrever a dinâmica dos fatos ocorridos no mundo real, para depois aplicar sobre elas um juízo de limitação, de caráter normativo. Enquanto a teoria da *conditio sine qua non* remete o corte ao fator de atribuição subjetivo, as demais teorias se valem de elementos internos, integrantes do juízo de causalidade.

Exemplar dessa concepção – igualmente identificada na tradição anglo-saxã de distinção entre a *cause-in-fact* e a *causation in law* – é a colocação de Tereza Ancona Lopez, ao afirmar que “é nítida a diferença entre causalidade de fato, natural ou física, e a jurídica. Na primeira se faz a reconstrução de todas as causas identificáveis com critérios científicos; na segunda são averiguadas somente as causas selecionadas sobre a base daquelas identificadas com os critérios científicos”.³⁷³

³⁷³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 23.

A atribuição do dever de indenizar, todavia, não se adequa ao procedimento escalonado acima descrito, como se houvessem etapas prévias e separadas de validação do raciocínio, iniciado pela causalidade natural e finalizado pela análise jurídica.

Ao contrário, o critério científico de causalidade naturalística é incapaz de conviver com uma série de relações de suma importância para o Direito, a exemplo das omissões e da influência psicológica, bem como da responsabilidade civil por atos materialmente praticados por terceiros, com os quais o responsável mantém, ou não, uma determinada ligação, ou ainda por fatos da natureza.

Como corretamente afirmou o professor Rui Ataíde, “em suma, pode haver causalidade naturalística sem que exista imputação, a qual, por seu turno, não tem necessariamente que se basear na causalidade naturalística”.³⁷⁴

Essencial, portanto, que o Direito, na atribuição do dever de indenizar, se liberte da obrigatoriedade de identificação de um critério naturalístico de causalidade, embora tampouco seja possível ao ordenamento jurídico agir como se pudesse construir um mundo paralelo, desconectado da realidade da vida. A imputação, portanto, não está limitada pela constatação etiológica factual, mas a construção do critério normativo precisa encontrar harmonia com aquilo que ocorre no mundo dos fatos ou com um fundamento lógico-jurídico consistente, sob o risco de perder legitimidade.

Todavia, antes de avançar na construção da perspectiva de causalidade tida por correta, urge demonstrar que a premissa sobre a qual edificadas as teorias tradicionais de causalidade ruiu.

A física, a filosofia e a psicologia não são mais as mesmas do século XIX, alterando o panorama cultural no qual o Direito está inserido e desconstruindo o ponto de partida das teorias jurídicas tradicionais.

De fato, a aspiração clássica de reconstruir a cadeia causal que gerou, no mundo fático, o dano objeto da lide jurídica encontra alicerce na difundida crença – consciente ou inconsciente – de que o mundo é determinista, sendo a ordem inerente a tal concepção compreensível pelo ser humano por meio do emprego da razão.

³⁷⁴ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 192.

De acordo com o físico Stephen Hawking, “o sucesso das teorias científicas, em particular a teoria da gravidade de Newton, levou o marquês de Laplace, no início do século XIX, a argumentar que o universo era inteiramente determinístico. Laplace acreditava que deveria haver um conjunto de leis científicas que nos permitissem – pelo menos em princípio – prever tudo o que aconteceria no universo”, inclusive o comportamento humano.³⁷⁵ Em outra passagem, afirma o físico que o “determinismo científico (...) continuou sendo o pressuposto padrão da ciência até os primeiros anos do século XX”.³⁷⁶

O exagero da crença de Laplace não afasta a influência de pensamentos da espécie.

Retornando ao Direito, se o mundo não for determinista, não é possível aplicar o critério da eliminação hipotética, base da teoria da equivalência das condições, do dano direto e imediato e também da teoria da condição adequada, eis que as últimas teorias promovem o juízo de limitação sobre a condição previamente identificada como necessária.

A ideia de que as leis que governam a natureza são certas e constantes participa da compreensão de mundo da física newtoniana, com a descrição precisa das regras que regem o movimento dos corpos, reunidas no estudo da Mecânica.

A física newtoniana, todavia, não mais possui a predominância de então, sendo reorientada, em pontos centrais, pela teoria da relatividade e pela física quântica.

Essencial, porém, reconhecer claramente que a alteração do paradigma científico na física não atinge diretamente os fatos sobre os quais se debruça o Direito.

Na verdade, os eventos que interessam ao jurista se manifestam no mundo macrofísico, o qual persiste governado pela lógica newtoniana.³⁷⁷ O choque entre dois veículos, causando a destruição de um deles; a facada que provoca a abertura de um corte no corpo da vítima, acarretando no sangramento fatal pela força da gravidade;

³⁷⁵ HAWKING, Stephen. *Uma nova história do tempo*. Rio de Janeiro: PocketOuro, 2008. Edição Kindle, posição 1094 e 1106.

³⁷⁶ *Ibidem*, posição 1114.

³⁷⁷ BASUALTO, Héctor Hernández. *El problema de la causalidad general en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)*. Polít. crim. nº 1, A7, 2006, p. 22.

a ruína de parte de um edifício em construção, lesando os transeuntes, são todos eventos que permanecem explicáveis pelas regras clássicas da física.³⁷⁸

Todavia, igualmente não se pode ignorar que o Direito é uma ciência social e, por isso, compartilha com outras ciências um caldo cultural a respeito da percepção da realidade. O advento da física quântica, portanto, possui destaca influência retórica, ao demonstrar que, sequer na física – campo da ciência exata onde a precisão é premissa fundamental –, é possível falar em certeza.³⁷⁹

Bebendo dessa fonte, outros campos do saber foram influenciados pela incerteza.

Na filosofia, a identificação da causalidade com a dependência probabilística – afastando-se da perspectiva contrafactual e da ideia de regularidade – ganhou terreno nas últimas décadas. Na abordagem probabilística, um evento é visto como causa quando sua presença provoca uma diferença no desfecho, percebida não em concreto, mas sim na alteração da chance de ocorrência do resultado.³⁸⁰

É nesse contexto de reconhecimento da impossibilidade de reconstrução precisa do liame factual que os juristas constroem os novos modelos de responsabilidade civil. De fato, se nem sequer no plano do ser é possível exigir certeza, quiçá no plano do dever ser.³⁸¹

³⁷⁸ Ao abordar as inovações no campo da física quântica, afirmou Claus Roxin: “Mas tudo isto não muda nada, no sentido de que o jurista pode prosseguir trabalhando com o conceito tradicional de causalidade [...], pois nós, no mundo da vida cotidiana, podemos confiar com certeza praticamente absoluta nas leis causais, uma vez que é com a vida cotidiana que o jurista tem que lidar” (*Apud* CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva, no âmbito do Direito Penal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.12, n.1, jul. 2017, p. 53).

³⁷⁹ Como bem afirma Hawking, em ponderação que também se aplica à descrição do passado, “o princípio da incerteza anunciou um fim ao sonho de Laplace de uma teoria da ciência, um modelo do universo que seria inteiramente determinístico. Certamente não poderemos prever os eventos futuros com exatidão se não formos capazes de, sequer, medir o estado atual do universo com precisão (HAWKING, Stephen. *Uma nova história do tempo*. Rio de Janeiro: PocketOuro, 2008. Edição Kindle, posição 1170).

³⁸⁰ Por exemplo, diante do estado atual do conhecimento científico, fumar é considerado causa do câncer de pulmão não porque o ato de fumar gera, como resultado normal e esperado, o surgimento de câncer (abordagem da regularidade) – vide que a maioria dos fumantes não desenvolvem a doença –, nem tampouco porque, sem fumar, inexistirá câncer de pulmão (abordagem contrafactual) – pois a doença atinge mesmo aqueles que nunca fumaram –, mas sim porque aumenta a probabilidade do desfecho (G'SELL, Florence. *Causation, Counterfactuals and Probabilities in Philosophy and Legal Thinking*. 91 Chi.-Kent L. Rev. 503 (2016), p. 510. Disponível em: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol91/iss2/5>. Acesso em 13 de janeiro de 2020).

³⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal*. Revista dos Tribunais, vol. 849/2006, Jul, 2006, p. 436.

O contexto acima atinge tanto o campo probatório, com a aceitação da incerteza na comprovação do vínculo causal naturalístico entre os eventos – campo do direito processual civil probatório, alheio ao presente estudo –, como também o campo do Direito material, ao fortalecer a ideia de que a imputação seja construída pela criação ou aumento do risco, dentro de uma determinada esfera atrelada ao comportamento ou à atividade, em juízo normativo desvinculado da observância estrita do liame empírico.

Entretanto, antes de reconstruir o nexo de causalidade jurídico, é necessário ainda desconstruir o cenário atual.

Isso porque, mesmo quando desvinculadas de uma compreensão determinística, as teorias tradicionais do nexo de causalidade remetem à probabilidade objetiva – a exemplo da causalidade adequada concebida por Von Kries³⁸² –, mas ignoram os recentes estudos de psicologia comportamental sobre a forma como o ser humano constrói juízos de probabilidade, interpretando o mundo ao seu redor.

Para tanto, é necessário promover breve digressão sobre o inovador trabalho dos psicólogos israelenses Amos Tversky e Daniel Kahneman, especialmente nos anos 1970, o último deles ganhador do prêmio Nobel da Economia em 2002.³⁸³

A teoria econômica tradicional, desde Adam Smith, parte da ideia de que o ser humano é racional, apto a reagir aos incentivos, apreender e processar a informação relevante disponível, de forma a, atuando em interesse próprio, maximizar sua utilidade.³⁸⁴ Cada escolha se relaciona com uma determinada utilidade – um acréscimo de valor para o agente, mesmo que tal valor tenha natureza extrapatrimonial –, a qual é avaliada não em si, mas sim sob a perspectiva do custo-benefício, em uma análise marginal.³⁸⁵

³⁸² Ao tratar da adequação como critério do nexo de causalidade, aponta Tereza Ancona Lopez que a probabilidade é medida pela experiência da vida (LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 33).

³⁸³ Recebido exclusivamente pelo último, a despeito do trabalho conjunto de ambos, tendo em vista a regra que impede o recebimento póstumo do prêmio Nobel (<https://www.nobelprize.org/prizes/facts/nobel-prize-facts/>).

³⁸⁴ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. Nova Iorque: Aspen, 2003, p. 3.

³⁸⁵ Em outras palavras, para que alcance a maximização de sua utilidade, o indivíduo racional deve pesar o benefício da atividade com a perda decorrente da preterição dos outros potenciais usos do mesmo recurso. Nesse sentido, custo, para a economia, é custo de oportunidade. Sobre o tema: RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 15.

Ademais, uma vez ponderado o custo de oportunidade e realizada a escolha, nada indica que a opção permanecerá a mesma indefinidamente. É sabido que a utilidade possui uma relação inversamente proporcional à quantidade de uso, haja vista que a primeira utilização será destinada ao uso mais valioso e assim sucessivamente. A escolha racional, portanto, é realizada na margem, comparando cada incremento no uso ao benefício correspondente.

Indicadas sumariamente as características da teoria da escolha racional, a economia clássica tem por alicerce a premissa hipotética de que a interação das escolhas individuais, dialogando entre si em um mercado alheio a falhas, acarretará o equilíbrio, consistente na alocação dos recursos aos usos mais valiosos, encontrando, assim, o ponto ótimo na gestão dos bens escassos. O preço, aqui, tem papel central, sendo o sinal, o signo, que sintetiza as informações relevantes disponíveis, incentivando os agentes racionais a adotarem condutas eficientes, socialmente desejáveis.

Atente-se que o modelo acima não tem a pretensão de descrever, com precisão, o modo como as decisões são tomadas, mas sim estabelecer uma aproximação suficientemente similar à realidade, apta a fornecer a base para a predição das condutas que decorrem dos incentivos disponíveis e sustentar um conhecimento científico.

Entretanto, tais premissas são confrontadas com evidências empíricas advindas da análise comportamental, cujos recentes estudos vêm identificando diversos desvios cognitivos em relação ao paradigma clássico.

O estudo de tais desvios – cuja incidência é tamanha que mal se pode chamá-los de exceção à regra de comportamento – é o campo que consagrou os psicólogos Tversky e Kahneman, cujo trabalho envolveu um modelo experimental de psicologia, por meio de testes concretos.

De acordo com os autores, em situações de incerteza, caracterizadas pelo desconhecimento da probabilidade objetiva dos desfechos possíveis – a exemplo de dirigir um carro, pois o motorista desconhece a probabilidade de dano em cada manobra –, ou mesmo em situações de risco conhecido – como a escolha pelo médico do procedimento cirúrgico adequado, baseado em literatura específica –, julgamentos

são tomados a partir de modelos de raciocínio, chamadas heurísticas, que comumente acarretam desconformidade cognitivas em relação às probabilidades reais.³⁸⁶

Mencionadas heurísticas não devem ser consideradas como falhas na racionalidade humana. Pelo contrário, são instrumentos apropriados para viabilizar a tomada de decisão em ambientes de inúmeras possibilidades, garantindo eficiência, haja vista que a completa avaliação de cada situação demandaria tempo e esforço mental em dimensão capaz de engessar a atuação humana.³⁸⁷

São três as principais, mas não as únicas, heurísticas identificadas por Tversky e Kahneman: ancoragem³⁸⁸, disponibilidade e representatividade.

Pela heurística da ancoragem, quando as pessoas são provocadas a estimar ou decidir com base em números, em quantias, a tendência do ser humano é ajustar sua estimativa a algum valor inicial disponível, que servirá de âncora.

Ao estimar as probabilidades, embora o indivíduo se afaste do valor inicial – da âncora –, não se afasta suficientemente, constatação amparada em diversos estudos empíricos³⁸⁹, inclusive na seara jurídica.³⁹⁰

³⁸⁶ HEUKELOM, Floris. *Kahneman and Tversky and the Origin of Behavioral Economics* (Janeiro 2007). Tinbergen Institute Discussion Paper No. 07-003/1. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=956887>. Acesso em 04 de março de 2020, p. 12.

³⁸⁷ Como afirmando por psicólogos, “para lidar com um mundo complexo e marcado por rápidas mudanças, as pessoas desenvolveram modos simples de raciocinar. No que tange ao julgamento e tomada de decisão, as heurísticas assumem o papel de simplificar o processamento cognitivo que envolve julgar alternativas sob incerteza” (TONETTO, Leandro Miletto; KALIL, Lisiane Lindenmeyer; MELO, Wilson Vieira; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio; STEIN, Lilian Milnitsky. *O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza*. Estudos de psicologia. Campinas, v. 23, n. 2, junho de 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2006000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 de Janeiro de 2020, p. 183).

³⁸⁸ Posteriormente desconsiderada como espécie de heurística por Kahneman.

³⁸⁹ Em um deles, alunos foram convidados a, em cinco segundos, estimar o resultado de uma operação matemática. Enquanto ao primeiro grupo foi apresentada a equação $8 \times 7 \times 6 \times 5 \times 4 \times 3 \times 2 \times 1$, ao segundo grupo foi mostrada a equação invertida, $1 \times 2 \times 3 \times 4 \times 5 \times 6 \times 7 \times 8$. Embora o primeiro grupo tenha indicado, como média, o valor de 2.250, a média estimada do segundo grupo foi de 512, muitas vezes menor do que o primeiro. O resultado correto é 40.320.

³⁹⁰ Em estudo envolvendo juízes, Guthrie, Rachlinski e Wistrich submeteram dois grupos a informações diferentes envolvendo uma potencial disputa de responsabilidade civil. Embora ofertada idêntica explicação fática – na qual o autor era atropelado por um motorista negligente e, como resultado, quebrava três costelas, machucava severamente seu braço, ao ponto de gerar amputação, e perdia seis semanas de trabalho –, o primeiro grupo recebia a informação de que o advogado do autor pedira dez milhões de indenização na fase de conciliação, enquanto o segundo grupo apenas tinha ciência do pedido de um pedido genérico, de indenização significativa. Em média, o segundo grupo concedeu \$ 808.000,00, enquanto o primeiro grupo – ciente do valor pleiteado pelo demandante na etapa de conciliação – outorgou ao autor uma média de \$ 2.210.000,00, um aumento de 273% (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*. Cornell Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 07-25; Vanderbilt Law and Economics Research Paper n. 07-32. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1026414>. Acesso em 05 de março de 2020, p. 120).

Prosseguindo, a heurística da disponibilidade afirma que, ao julgar em situações de incertezas, a facilidade com que um evento é lembrado influencia a identificação de eventos da espécie como mais ou menos prováveis.

O ponto acima leva a uma relevante ponderação: por atuarem de forma profissional, com regularidade e ao longo de longo período de tempo, os magistrados constituem um grupo constantemente submetido a informações sobre a ocorrência de acidente, o que – em decorrência da heurística da disponibilidade – pode nublur sua capacidade de apreciar a probabilidade de ocorrência de desfechos negativos. Por exemplo, ao apreciar mensalmente várias pretensões de reparação dos danos causados no contexto de acidentes de viação, o magistrado terá uma tendência de considerar o evento mais provável do que realmente é. E não se pode esquecer que os inúmeros casos em que o mesmo transporte não gerou qualquer dano simplesmente nunca chegarão ao Judiciário.

Por sua vez, a heurística da representatividade aponta que, ao decidir, o ser humano costuma desconsiderar a informação estatística disponível, concentrando sua análise em um juízo de similaridade entre o evento que foi apresentado e um evento hipoteticamente típico, considerado pelo agente como exemplificativo da categoria.

A probabilidade de um evento, portanto, é estimada não com base na informação disponível, mas sim a partir do quão representativo o evento é em relação à ideia geral que o próprio sujeito já possui daquele gênero de acontecimentos³⁹¹, heurística que igualmente alcança os operadores do Direito.³⁹²

³⁹¹ Situações do tipo ocorrem fundamentalmente em duas situações: a crença na lei dos pequenos números e a influência da descrição da situação na apreciação da probabilidade. A compreensão do primeiro ponto passa pela informação de que a ciência estatística é baseada na Lei dos Grandes Números, uma fórmula matemática que indica que a média dos resultados obtidos em um grande número de experimentos tenderá a se aproximar do valor teórico esperado. Sob outra perspectiva, a mencionada lei afirma que, para que uma análise amostral seja adequada à proporção verdadeira, essa amostra deve ser ampla o suficiente. Por outro lado, estudos empíricos mostram que a inclusão de informações secundárias, alheias à probabilidade real, condicionam o raciocínio. Para exemplos de estudos: LEWIS, Michael. *O projeto desfazer: a amizade que mudou nossa forma de pensar*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017. Edição Kindle, posição 2950 e 4851.

³⁹² Após reproduzir a descrição fática de um conhecido precedente da *common law* – *Byrne v. Boadle*, no qual o autor, ao transitar próximo ao armazém do réu, foi atingido por um barril que caiu ao ser içado do chão, sofrendo danos severos –, juízes foram instados a estimar a probabilidade da causa do evento ser a negligência dos empregados ou algum fator extraordinário. O resultado em muito se afastou da estimativa matemática, trazendo à luz a ideia subjacente de que – se o dano ocorreu – deve ter havido falha no comportamento, juízo que não encontra eco nos dados técnicos de probabilidade (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*. Cornell Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 07-25; Vanderbilt

Outro viés, com particular importância para a responsabilidade civil, é o chamado viés da retrospectiva (*hindsight bias*). Segundo Philip Peters, “o viés de retrospectiva faz com que a pessoa que conhece o resultado de um evento superestime a probabilidade de que ele iria prever aquele resultado, caso tivesse sido questionado sobre isso antecipadamente”.³⁹³

De fato, na apreciação de uma demanda judicial envolvendo a alegação de culpa – seja ela elemento constitutivo do direito do autor/vítima, seja parte da defesa do réu/ofensor, no caso da culpa concorrente –, é exigido do julgador a tarefa de, colocando-se na situação dos envolvidos no acidente, apreciar se o nível adequado de cuidado foi atendido. Em casos de responsabilidade subjetiva, alicerçados no *neminem laedere*, o nível de cuidado é aferido com base na chance de ocorrência do resultado danoso, pois o julgador instintivamente considera subjetivamente previsível aquilo que aprecia como objetivamente provável.

Todavia, o julgador recebe a lide já com a informação fática de que o resultado prejudicial aconteceu, haja vista ser o dano um pressuposto essencial da responsabilidade civil. Tal informação é capaz de enviesar a avaliação de probabilidade por parte do julgador.³⁹⁴ Novamente, também na seara jurídica o fenômeno foi identificado³⁹⁵, inclusive em pesquisa realizada com juízes.³⁹⁶

Embora os estudos tivessem como eixo a análise da culpabilidade, as pesquisas acima servem de evidência empírica da presença do viés, apto a alterar a

Law and Economics Research Paper n. 07-32. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1026414>. Acesso em 05 de março de 2020, p. 122).

³⁹³ PETERS JR., Philip G. *Hindsight Bias and Tort Liability: Avoiding Premature Conclusions*. Arizona State Law Journal, Vol. 31, n. 4, 2000. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=230039>. Acesso em 02 de maio de 2018, p. 1280.

³⁹⁴ Em estudo promovido na seara da medicina diagnóstica, cento e sessenta médicos foram instados a elencar a probabilidade de acerto de cinco possíveis diagnósticos, dado um determinado caso clínico. Do grupo que desconhecia o diagnóstico correto, cerca de 30% elegeu a opção correta como o diagnóstico mais provável. Ao contrário, no grupo sabedor do real diagnóstico, cerca de 50% dos médicos listaram aquela opção em primeiro lugar. (DAWSON, Neal; ARKES, Hal; SICILIANO, Carl; BLINKHORN, Richard; LAKSHMANAN, Mark; PETRELLI, Mary. *Hindsight Bias: An Impediment to Accurate Probability Estimation in Clinicopathologic Conferences*. Medical decision making: an international journal of the Society for Medical Decision Making, 1988, 8, 259. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/19971474_Hindsight_Bias_An_Impediment_to_Accurate_Probability_Estimation_in_Clinicopathologic_Conferences. Acesso em 02 de maio de 2018).

³⁹⁵ Valendo-se dos fatos do litígio de *Petition of Kinsman Transit Co.*, com interessantes resultados (KAMIN, Kim A.; RACHLINSKI, Jeffrey J. *Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*. Cornell Law Faculty Publications. Paper 646, 1995. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/646>. Acesso em 22 de abril de 2018, p. 98).

³⁹⁶ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. *Inside the Judicial Mind*. Cornell Law Review, Vol. 86, n. 4, 2001. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=257634>. Acesso em 05 de maio de 2018, p. 47.

percepção do indivíduo quanto à probabilidade pretérita de uma conduta com resultados conhecidos.³⁹⁷ Como dito, embora previsibilidade e probabilidade sejam conceitos distintos, na prática judicial – diante da inexistência de dados científicos sobre as chances abstratas de ocorrência de eventos lesivos em cada situação de interação social –, influenciam-se reciprocamente.

A exposição sucinta do instigante campo da psicologia comportamental – com suas heurísticas e vieses – possui evidente impacto no Direito, na medida em que a responsabilidade civil trabalha, em seus diversos elementos, com cálculos de probabilidade, com o conhecimento posterior do resultado da conduta anterior e com a inserção do julgador no contexto normal da vida, a torná-lo igualmente submetido à disponibilidade, à representatividade, à ancoragem e ao viés de retrospectiva.

Como dito por Tversky e Kahneman, “ao fazer previsões e julgamentos sob incerteza, as pessoas não parecem seguir o cálculo da possibilidade ou a teoria estatística da previsão. Em vez disso, apoiam-se em um número limitado de heurísticas que às vezes produzem julgamentos razoáveis e às vezes levam ao erro grave e sistemático”.³⁹⁸

É nesse contexto cultural que despontam as novas discussões sobre o nexo de causalidade: em um mundo não mais apegado à pretensão de encontrar certeza e ciente de que, quando confrontado com a necessidade de traduzir probabilidades em casos concretos – como sói ocorrer com o Direito –, sofre o julgador a incidência de vieses psicológicos, há necessidade de afastar o jurista da tarefa de reconstrução naturalística, factual, do fluxo causal, reconstruindo o conceito no campo normativo, apropriado à investigação lógica.

³⁹⁷ Já afirmou Amos Tversky: “Com demasiada frequência, vemo-nos incapazes de prever o que vai acontecer; contudo, após o fato, explicamos o que aconteceu com grande dose de confiança. Essa “capacidade” de explicar o que não temos como prever, mesmo na ausência de qualquer informação adicional, representa uma importante, ainda que sutil, falha em nosso raciocínio. Ela nos leva a crer na existência de um mundo menos incerto do que realmente é, e que somos menos inteligentes do que realmente podemos ser. Pois se podemos explicar amanhã o que não temos como prever hoje, sem qualquer informação extra, a não ser o conhecimento do efetivo resultado, então esse resultado deve ter sido determinado de antemão e devemos ser capazes de prevê-lo. O fato de que não pudemos fazê-lo é tomado como uma indicação de nossa inteligência limitada e não da incerteza inerente ao mundo. Com demasiada frequência, tendemos a nos censurar por ter deixado de prever isso que mais tarde parece inevitável.” (Apud LEWIS, Michael. *O projeto desfazer: a amizade que mudou nossa forma de pensar*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017. Edição Kindle, posição 3026).

³⁹⁸ Apud LEWIS, Michael. *O projeto desfazer: a amizade que mudou nossa forma de pensar*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017. Edição Kindle, posição 2885.

2.9. Do nexo de causalidade normativo: causalidade e causação

Demonstrada a inadequação da lógica empiricista, há de ser construído um novo paradigma para a aferição do nexo de causalidade, em especial na responsabilidade civil objetiva.

Essencial, aqui, é perceber que, embora sejam longínqua a discussão sobre qual é o teste mais adequado para identificar o que deve ser considerado causa de um evento danoso, a verdadeira pergunta esteve subjacente, adormecida no emaranhado de discussões: qual o conceito de causa apropriado ao Direito e, especificamente, para a responsabilidade civil?³⁹⁹

Reiterando o quanto afirmado alhures, diante de um fato concreto, as diferentes perguntas potencialmente formuladas demandam distintos conjuntos de informações para viabilizar a resposta, instrumentais ao conhecimento que se pretende obter como resultado do processo de investigação, razão pela qual é inútil buscar “uma abordagem metafísica independente e coerente da causação, a não ser que a escolha sobre a questão subjacente (culpa, explicação, papel físico, qualquer tipo de envolvimento, etc) seja especificada desde o início”.⁴⁰⁰

A abordagem correta do problema causal, deveras, não pode prescindir da prévia definição do que se pretende alcançar com a apreciação do vínculo que liga sujeitos; comportamentos, fatos naturais ou atividades e danos.

Para averiguar o tema, há primeiro de se reconhecer uma mudança de postura social em relação à ocorrência de danos.

No atual Estado Social do Direito, não se convive pacificamente com a ideia, tão cara em momento pretéritos, de que os acidentes devem ser imputados ao infortúnio.⁴⁰¹ Ao contrário, em um ordenamento jurídico vocacionado à tutela do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, calcado na Constituição, há sempre de ser investigado – com critérios publicamente controláveis – se o dano merece ser transferido para alguém diverso do ofendido.

³⁹⁹ ZUBIETA, Rogélio Arturo Bárcena. *La causalidade en el derecho de daños*. 336p. Tese (Programa de Doctorado en Turismo, Derecho y Empresa) – Universidad de Girona, 2012, p. 87.

⁴⁰⁰ STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019, p. 439.

⁴⁰¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 18.

Ora, se existe um postulado que funciona como norte para o ordenamento jurídico, o Direito, que é ciência do *dever-ser*, deve adequar-se a tal projeto. Conforme já afirmou um dos maiores jusfilósofos brasileiros, “a causalidade jurídica é deôntica”.⁴⁰² Essencial, portanto, conduzir a causalidade jurídica ao contexto da pergunta que interessa ao Direito.⁴⁰³

A causalidade, nesse contexto, deve servir de instrumento de imputação, de controle dos critérios para a atribuição normativa do dever de indenizar, independentemente – porém não de forma indiferente – da relação causal fática. Apenas quando compreendida em termos de imputação, a causalidade pode atender à intencionalidade jurídica.⁴⁰⁴

De fato, ao contrário do físico e do filósofo – cuja pretensão é explicar o mundo de forma global, nas respectivas áreas –, a tarefa do jurista é mais simples, pois aborda a realidade sob as luzes da incidência normativa. Ao enfrentar um caso envolvendo o ato do sujeito A de desferir um tiro no sujeito B, ao jurista não interessa a incidência da gravidade ou a quantidade de energia gerada no momento da explosão. Como Jane Stapleton afirma, exatamente “porque o projeto dos juristas é focado, eles podem tornar inequívoca a sua utilização da linguagem causal”.⁴⁰⁵

Entretanto, essa vantagem não foi aproveitada pela ciência do Direito, que persiste em usar o termo causalidade de maneira ambígua, adotando desde concepções que a aproximam da culpa, da visão física de causa e do emprego do termo na forma do senso comum, o que dificulta o manejo do instituto.

Conforme afirmado por Maria Adelaide Menezes Leitão, “o nexo causal não deve ser concebido de forma naturalística, mas essencialmente como um conceito jurídico que preenche uma determinada função no sistema delitual. Desde cedo que o recurso ao conceito de causalidade contaminou a discussão sobre o nexo de imputação com o problema mais complexo, próprio da teoria do conhecimento, do

⁴⁰² VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 29.

⁴⁰³ Como afirmado por Mafalda Miranda, “só os critérios forjados na intencionalidade predicativa da juridicidade são aptos a encontrar uma resposta que se pretende normativamente justa e materialmente adequada” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 55).

⁴⁰⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*. 1.ed. Cascais: Principia, 2014, p. 23.

⁴⁰⁵ STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019, p. 440.

estabelecimento de uma relação de causa-efeito, a aplicar, com as devidas adaptações, ao facto-resultado, quando, para o Direito, não se trata de afirmar cientificamente uma ideia de causalidade, mas antes de, face a uma sequência lógica e cronológica, fundamentar a imputação”.⁴⁰⁶

De fato, como já foi demonstrado, conduzir a causalidade à reconstrução do fluxo de eventos, em uma perspectiva empírica, simplesmente não funciona.

Não funciona porque os critérios empregados geram soluções desconformes com a lógica (teoria da *conditio sine qua non*), porque remetem a critérios de regularidade incapazes de serem manejados pela racionalidade de forma segura e previsível (em especial, as teorias da adequação e do dano direto e imediato) e porque não apresentam uma justificativa coerente para uma série de vínculos relevantes para o Direito que, de factuais, nada possuem, vide as omissões (teoria da necessidade fraca/suficiência forte).

Para o Direito, o que realmente importa é apreciar normativamente a quem atribuir o resultado de um determinado evento, ainda que seu comportamento seja um indiferente no mundo fático – a exemplo das omissões e da causalidade psicológica – , seja fruto da atuação de um terceiro – como ocorre na responsabilidade civil por atos de terceiros⁴⁰⁷ e em diversos casos de responsabilidade civil no contexto das relações de consumo ou ainda nas hipóteses de responsabilidade civil por fato da natureza.

Destarte, a causalidade deve constituir uma fórmula normativa apta a garantir a correta identificação do responsável, bem como a delimitação dos danos ressarcíveis, compondo o cenário no qual o fator de atribuição produzirá os seus efeitos desejados, de forma a corretamente construir o dever de indenizar. Como bem colocado, “o nexu causal (...) depende mais de escolhas político-filosóficas do que de evidências lógico-rationais”.⁴⁰⁸

Ao trazer como exemplo a situação em um incêndio é adequadamente reconduzido ao ato de A, ao lançar ao chão um cigarro ainda aceso no mato seco localizado na borda de uma floresta, produzindo a chama que se alastra para a floresta por força de uma lufada de vento, Hart e Honoré apontam que, para a causalidade

⁴⁰⁶ LEITÃO, Adelaide Teles de Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 633.

⁴⁰⁷ De cariz objetiva no Brasil, vide o art. 932 do Código Civil brasileiro.

⁴⁰⁸ FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexu de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 111.

científica, não faz diferença se a direção do vento foi decorrência de uma brisa ou do ato de B que, deliberadamente, abana as flamas na direção da floresta.⁴⁰⁹

Para o Direito, entretanto, o juízo de causalidade seria bastante diferente em ambas as situações, a demonstrar que mais importante do que os elementos necessários à produção de um efeito é a correlação do fato com uma pessoa determinada, física ou jurídica.

A capacidade do nexo de causalidade de servir de instrumento para alcançar os fins eleitos pelo ordenamento jurídico tampouco é ignorada na abordagem da análise econômica do Direito, igualmente forjada em termos de imputação.

Conforme afirmado pelo principal jurista da análise econômica do Direito, Richard Posner, em trabalho conjunto com William Landes, “se a finalidade básica da responsabilidade civil é promover a eficiência econômica, a conduta do réu será considerada como causa do dano quando torná-lo responsável pela consequência da lesão promove uma eficiente alocação de recursos para precaução e cuidado; quando, ao agir diferentemente, o réu não promova eficiência, então a causa do acidente será atribuída a um ato de Deus ou a qualquer outra força na qual a responsabilidade não repouse”.⁴¹⁰

Na visão da análise econômica, já que as figuras de vítima e ofensor não são preestabelecidas, pois a alocação do prejuízo vai depender de quem seja o *cheapest cost avoider*, a causalidade será o mecanismo utilizado pelo Direito para definir a direção do prejuízo, atribuindo, ou não, o dever de indenizar.

Embora adequada a compreensão de que a causalidade funciona como imputação, independentemente das amarras de um juízo naturalístico, não se pode aceitar a ideia de que a principal finalidade da responsabilidade civil seja viabilizar a eficiência econômica.

Na realidade, os altos fins viabilizados por meio da ordem jurídica – como a tutela do vulnerável, a proteção de determinados bens socialmente caros e a proteção da dignidade humana, dentre outros – legitimamente fundamentam o dever de indenizar, mesmo sem qualquer relação com a identificação dos incentivos menos custosos para a alteração dos comportamentos envolvidos no acidente.

⁴⁰⁹ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 71.

⁴¹⁰ *Apud* STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019, p. 469.

A análise econômica do Direito, portanto, contribui no debate apenas no sentido em que reconhece a necessidade de encarar o problema causal sob as lentes da atribuição de responsabilidade – alheio à reconstrução fática –, mas não em relação aos motivos que justificam a postura.

Prosseguindo, a colocação da causalidade natural em segundo plano parte da constatação de que a norma jurídica não incide sobre o fato em si, acontecimento da vida real, mas sim sobre o suporte fático identificado e selecionado pela norma, que não se confunde com o primeiro.

Os fatos reais são, em grande maioria, complexos. A depender da perspectiva sobre a qual apreciados, múltiplas são as particularidades fáticas – o relevo que cada aspecto recebe –, as motivações dos agentes atuantes – no caso das condutas – e a causalidade naturalística deles decorrentes. À norma, pois, cabe selecionar os pontos considerados relevantes, erigindo-os à categoria de suporte fático.⁴¹¹

Conforme observa Karl Engisch, “nas regras jurídicas, não é uma situação de fato em si dada que é conceitualmente fixada e tornada objeto de enunciados cognitivos, mas, antes, as situações da vida que são demarcadas e por assim dizer recriadas (...) como pressupostos de certas consequências jurídicas”.⁴¹²

A causalidade natural, da mesma forma, é um importante elemento do mundo dos fatos, cuja inserção no Direito ocorrerá através das regras do direito probatório, a quem compete – sem dúvida em obediência ao estado da técnica nos diversos campos do conhecimento – estabelecer o suporte fático sobre o qual incidirá a norma de responsabilidade civil, tendo por instrumento a análise da causalidade em sua acepção jurídica, como imputação.

⁴¹¹ Em relevante ponderação sobre a diferença entre fato e suporte fático, Pontes de Miranda traz a questão da morte, enquanto dela não se tem notícia. Ilustrando o exemplo trazido pelo ilustre jurista, imaginemos a situação do indivíduo que, viajando sozinho para país distante, venha a óbito. A morte, enquanto fato real, possui identidade espacial e temporal: ocorreu em determinado momento e lugar, sem espaços para subjetividade ou diferentes perspectivas. Entretanto, enquanto não sabida, não se realiza o suporte fático que desencadeia os efeitos jurídicos da morte. É possível, ao contrário, que estejam presentes os elementos do suporte fático do instituto da ausência, mesmo havendo, no mundo real, morte. No mundo do Direito, portanto, o evento morte ainda não adentrou, pois é sobre o suporte fático – a morte sabida ou esperada, dadas as circunstâncias –, e não sobre o fato real, que incide a norma (MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 191).

⁴¹² *Apud* NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *A incidência da norma jurídica e o fato jurídico*. Revista de Informação Legislativa. Ano 21. n. 84, p. 274.

A constatação de que a norma incide o suporte fático, e não sobre o fato em si, expõe a fragilidade da pretensão de reconstruir o encadeamento de fatos no mundo físico, pressuposto das teorias tradicionais da causalidade.

Por outro lado, afirma-se a necessidade de harmonia ao estado da técnica porque o Direito, sob pena de furtar-se à sua função de pacificação social – que pressupõe legitimidade das soluções adotadas diante dos conflitos intersubjetivos –, não pode atribuir responsabilidade a alguém completamente alheio ao evento, embora tal vínculo não necessite ser naturalístico.⁴¹³

Como bem observado pelo jusfilósofo Lourival Vilanova, “do ponto de vista causal-naturalístico, as séries causais são ininterruptas. O sistema jurídico, todavia, corta-as, reputando valorativamente uma causa como a inicial. (...). Do ponto de vista causal-natural, acrescentamos, vários efeitos advêm da conduta. O sistema jurídico seleciona, com base no critério de valoração nele adotado, que efeitos são juridicamente relevantes, para integrarem a classe dos resultados. Há uma tipificação do efectual, como há uma tipificação dos antecedentes causais. O que significa: mesmo a causalidade natural, ingressando no sistema jurídico, juridiciza-se”.⁴¹⁴

Mesmo a causalidade natural, logo, é percebida pelo Direito sob as lentes da norma, razão pela qual a causalidade se apresenta como um juízo fundamentalmente valorativo, um instrumento para alcançar o fim de atribuição adequada dos prejuízos.⁴¹⁵

Bem observou a questão Guilherme Reinig, ao afirmar que “uma perspectiva que se supõe exclusivamente causal ou científica não consegue impedir a intromissão de critérios ‘político-jurídicos’ (*rechtspolitisch*) em grande número das decisões judiciais sobre o problema da limitação da responsabilidade civil”. Assim, a segurança jurídica que se espera advir da abordagem científica não é atingida. E,

⁴¹³ No sentido da responsabilidade do genitor, mesmo sem a guarda do menor, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, sendo certo que o responsável não praticou qualquer ato material integrante do fluxo de eventos que gerou o dano, mas possui um inegável vínculo com o menor de idade: AgInt no AREsp 1253724/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018.

⁴¹⁴ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 27/28.

⁴¹⁵ Ao comentar o anteprojeto de Código Civil suíço, afirmou Sinde Monteiro: “O que há de novo é o facto de falar de uma causalidade “jurídica”. Este termo torna claro que não se trata apenas de mera causalidade natural ou científica e que a causalidade implica um julgamento de valor” (MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Sobre uma eventual definição da causalidade nos projectos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil*. Revista de Direito do Consumidor. ano 20. vol. 78. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2011, p. 174).

“pelo contrário, a dissimulação dos verdadeiros critérios decisórios em fórmulas abstratas e vazias aumenta o arbítrio na medida em que dificulta o trabalho de crítica doutrinária e uma possível revisão ou mesmo uma clara visualização dos critérios jurisprudenciais”.⁴¹⁶

Oportuno, agora, o retorno à discussão trazida, páginas atrás, pelo sueco Jan Heller, ao demonstrar que, embora comumente intercambiáveis, a língua inglesa, assim como a portuguesa, convive com duas expressões aparentemente intercambiáveis, causalidade e causação (*causality* e *causation*).

Aponta o autor que a expressão causalidade está, historicamente, ligada às ciências naturais, particularmente à física⁴¹⁷, onde se desenvolveu e de onde, como visto, espalhou-se para todas as demais áreas do saber, como parte da pretensão oitocentista de destrinchar, compreender e conduzir, através da razão, o mundo, seja ele natural ou social.

Por sua vez, causação é expressão mais fluida, vocacionada a abarcar nuances a depender das circunstâncias. Atento ao fato de as palavras também carregam consigo uma história, fruto de seu emprego reiterado, é possível afirmar que, ao contrário da expressão *causalidade*, a expressão *causação* viabiliza maior aceitação à ideia de que a investigação deve ser diferente para as ciências exatas e para o Direito, razão pela qual não há necessidade de cursarem caminhos paralelos.

Conforme afirma o mencionado autor, causação “é comumente a aplicação de um princípio geral para um caso específico para uma finalidade especial”.⁴¹⁸

Receber o nexo de causalidade como causação, portanto, pode ser exatamente a ponte linguística para a assimilação da ideia de causalidade enquanto imputação normativa, razão pela qual, embora sem exclusividade, passará a ser empregada para reforçar a acepção normativa.⁴¹⁹

⁴¹⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14/2018, Jan - Mar, 2018, p. 241.

⁴¹⁷ HELLNER, Jan. *Causality and causation in Law*. Scandinavian studies in law, n. 40. 2000. Disponível em: <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-4.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019, p. 111.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 115.

⁴¹⁹ Reconhecendo a possibilidade de distinção terminológica entre causalidade e causação, mas ponderando o risco de a discussão linguística ampliar a obscuridade da discussão, Rui Soares Pereira (PEREIRA, Rui Soares. *Pressupostos filosóficos e científicos do nexo de causalidade*. Lisboa: Editora AAFDL, 2017, p. 14).

Nesse contexto, a finalidade especial da responsabilidade civil, e o critério de causação apropriado a tal projeto, deverá ser tal que permita, numa relação recíproca entre liberdade e responsabilidade, garantir que a atuação dos sujeitos seja acompanhada da adoção de deveres de cuidado para com terceiros, edificando o dever de indenizar a partir do cotejo das respectivas esferas de riscos de cada agente, no trato social e jurídico.⁴²⁰

É a essa finalidade – comum a toda a responsabilidade civil – que deve ser submetida a investigação causal.

2.10. Teoria do escopo da norma violada

A teoria do escopo da norma violada, ou do escopo de proteção da norma, é a primeira teoria abertamente normativa da causalidade, que busca estabelecer o vínculo entre um determinado comportamento ou atividade e o resultado danoso a partir de um critério teleológico, que, resumidamente, exige seja o dano reconduzível à espécie de riscos que a norma procurava tutelar, afastando-se do critério naturalístico.

Embora historicamente identificada com a atuação da doutrina e da jurisprudência alemãs, a teoria possui raízes nas investigações conduzidas na Áustria, nas primeiras décadas do século XX.

Como exemplo das primeiras ilações sobre o tema, cita a doutrina o surgimento de um caso de responsabilidade civil marcado pelas seguintes características: um cidadão foi convocado a participar dos esforços da comunidade local em relação ao abate de árvores. No desempenho da tarefa, sofreu um acidente que, meses depois, veio a vitimá-lo. Seus herdeiros, então, requereram o recebimento de uma indenização, alegando, dentre outros pontos, que o abate das árvores ocorreu em desconformidade com a legislação ambiental. Caso tivesse sido respeitada a legislação florestal – alegaram – o corte das árvores não teria ocorrido e, sem ele, tampouco o acidente sobreviria.

Entretanto, ao rejeitar a pretensão, pontuou a Corte que as normas ambientais violadas “visam à proteção da floresta, não à proteção da vida ou da saúde

⁴²⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexos de causalidade*. 1.ed. Cascais: Principia, 2014, p. 26.

dos indivíduos; sua infração não significa, portanto, uma conduta culposa contra particulares (...).⁴²¹

É no contexto do surgimento dessa espécie de argumentação – indicativa da linha que viria a marcar a teoria do escopo da norma violada – que os principais nomes da concepção se apresentam: Ernst Rabel – um austríaco radicado na Alemanha – e o alemão Ernst von Caemmerer.⁴²²

Ernst Rabel, nos anos 30 do século passado, centrou seus esforços na identificação do espaço de responsabilidade atribuível à parte em mora em um contrato de compra e venda, com a finalidade de construir critérios aptos a solucionar questões práticas polêmicas, a exemplo da indenizabilidade do lucro que o comerciante comprador de um produto esperava obter com a revenda do bem não entregue culposamente pelo vendedor. Para tanto, valia-se da discussão sobre o escopo do contrato, investigação que considerava aplicável a toda e qualquer discussão do direito das obrigações.⁴²³

Embora a semente da teoria já estivesse lançada, apenas duas décadas depois, a partir de 1950, no contexto do surgimento de polêmicas demandas judiciais, que desafiavam a lógica até então hegemônica da causalidade adequada, Ernst von Caemmerer pôde difundir a teoria do escopo de proteção da norma e alçá-la a outro patamar de relevância.

Um primeiro processo emblemático é conhecido como o caso Edelweiss⁴²⁴, de 1951. Neste, um acidente envolvendo duas barcas, no interior de uma eclusa, acarretou no afundamento do barco Edelweiss, repleto de 360 toneladas de trigo, ocasionando o ajuizamento de ação regressiva pela seguradora do barco, que arcou inicialmente com o prejuízo econômico segurado.

Embora a lide seja repleta de detalhes relevantes, o ponto central repousa na seguinte sequência de fatos: ao organizar a ancoragem dos barcos dentro da eclusa, os operadores da instalação questionaram aos capitães a largura dos respectivos barcos, ocasião na qual o capitão da barcaça HH9 informou incorretamente

⁴²¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14/2018, Jan - Mar, 2018, p. 239.

⁴²² PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 398.

⁴²³ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14/2018, Jan - Mar, 2018, p. 241.

⁴²⁴ <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=774>

o tamanho de sua embarcação. De posse de tal informação, os operadores organizaram a distribuição dos barcos no espaço.

Como consequência da informação equivocada, ao promover a descida do nível da água, as embarcações ficaram emperradas, presas umas às outras.

O problema, todavia, era ainda potencialmente solucionável.

Entretanto, a atuação dos operadores na tentativa de afastar os barcos envolveu a elevação do nível da água em velocidade superior à adequada, situação na qual os barcos emperrados não flutuaram como seria de se esperar, causando a inundação e o afundamento do Edelweiss.

A seguradora, diante dos fatos acima, buscou a reparação de seus danos perante o responsável pelo barco HH9.

Ao apreciar a questão, o BGHZ rememorou os ensinamentos da teoria da causalidade adequada, apontando as diferentes perspectivas de von Kries, Rümelin e Traeger, reconhecendo que, sem a informação incorreta sobre o tamanho da barça HH9, os eventos não teriam ocorrido como ocorreram, tratando-se de condição necessária do resultado.

Todavia, ao ponderar ser necessário reavaliar a questão a partir da existência de outras fontes de risco paralelas – em especial a atuação dos operadores da eclusa –, o Tribunal pontuou que a construção da teoria da causalidade adequada tornava possível “a exclusão de certas condições, as quais, do ponto de vista da ciência natural, eram condições de determinada consequência, e sem as quais a consequência não teria ocorrido”. Apontou, assim, que as Cortes devem estar conscientes de que a tarefa de examinar o nexos causal não envolve a causalidade em um sentido lógico, “mas sim de fixação de limites dentro dos quais o criador de uma condição pode ser legitimamente considerado responsável por suas consequências”.⁴²⁵

Igualmente relevante foi o julgamento, em 1958⁴²⁶, da seguinte situação: duas pessoas se envolveram em um acidente de trânsito, sendo ambos penalmente processados pelo evento. No decorrer do feito, um dos demandados faleceu, por motivos alheios ao acidente, prosseguindo o feito apenas em relação ao outro. Condenado em primeira instância, sobreveio a absolvição do réu por falta de provas.

⁴²⁵ *Ibidem*, tradução nossa.

⁴²⁶ BGHZ 27,137.

Inocentado das acusações penais, o então réu tornou-se autor de uma ação de reparação de danos contra os herdeiros do outro envolvido no acidente, na qual buscava o ressarcimento das despesas incorridas com a defesa da imputação penal contra si atribuída.

Ao rejeitar o pleito, o Tribunal asseverou que a tutela jurídica incidente em um acidente de viação envolve as lesões corporais sofridas pela vítima, eventuais custos médicos com a recuperação, a perda da capacidade laboral – temporária ou permanente –, além dos danos materiais sofridos pelo veículo. Entretanto, as despesas decorrentes da posição de investigado/réu em uma demanda penal constituiriam prejuízos alheios à proteção do corpo e da propriedade garantida no contexto dos acidentes entre veículos.

Um último caso judicial auxilia a preparar o contexto de aplicação da teoria.

No julgamento do caso BGHZ 58, 162, o Tribunal foi provocado a identificar a existência, ou não, de responsabilidade civil na situação a seguir narrada: em 1968, um acidente de veículos envolveu um caminhão da OTAN (NATO) – considerado responsável pelo abalroamento por negligência – e um veículo particular, em uma rodovia local. Após a colisão, ambos os veículos permaneceram na pista, aguardando a chegada da polícia, o que ocasionou o bloqueio da passagem para os demais veículos, com o consequente surgimento de um engarrafamento.

Incomodados com a espera, os motoristas dos demais veículos – os quais não foram identificados – passaram a utilizar a berma para trafegar e contornar o acidente, acarretando a destruição da estrutura pública no local. A berma simplesmente não era preparada para a quantidade de tráfego que recebeu.

Nesse contexto, a proprietária da rodovia demandou do responsável pelo caminhão as despesas de recuperação da berma, pretensão esta acolhida pelo Judiciário, mas combatida por von Caemmerer.⁴²⁷

De fato, conforme apontou Rui Ataíde, a negligência do motorista do caminhão não afasta o fato de que o prejuízo sofrido pela municipalidade está fora do âmbito de proteção da norma de tráfego violada⁴²⁸. Mesmo que o engarrafamento e o

⁴²⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14/2018, Jan - Mar, 2018, p. 243.

⁴²⁸ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 196.

potencial desvio de rota pelos demais motoristas possam ser considerados, sob um critério empírico, uma consequência adequada de um acidente que obstrui a estrada, por não lhe ser extraordinário (perspectiva negativa) e constituir uma consequência esperada (perspectiva positiva), imputar ao motorista negligente tal espécie de prejuízos avançaria para muito além do risco criado.⁴²⁹

Todos os casos concretos acima destacados demonstram a necessidade de construção de um critério fundamentador da responsabilidade civil fora dos estreitos limites da causalidade natural.

Nesse contexto, foi na investigação dos critérios de concretização da violação das normas de proteção que a teoria do escopo da norma violada encontrou seu campo de desenvolvimento.⁴³⁰

Na dinâmica delitual do Código Civil alemão, em paralelo à tutela dos chamados direitos absolutos (§ 823, I), o § 823, II, garante reparação ao prejudicado pela violação de normas voltadas à proteção de determinados interesses juridicamente relevantes, mas que não constituem um direito subjetivo garantido pelo item anterior. Através das leis de proteção, “normas originárias principalmente do direito penal e do administrativo são, por assim dizer, transportadas para o direito da responsabilidade delitual”.⁴³¹

De fato, ao instituir um determinado dever, a norma de natureza pública não se desvincula completamente da tutela de determinados interesses privados, embora não o faça na forma da instituição de um direito absoluto, apto a ser exigível judicialmente pelo particular.⁴³² Por exemplo, a regra administrativa que estabelece certos requisitos de salubridade e higiene aos estabelecimentos que lidam com

⁴²⁹ Outro interessante exemplo trazido pela doutrina ocorre na negativa do dever de indenizar no caso de um soldado que, sem autorização de serviço para guiar determinada viatura, causou um acidente de trânsito ao guia-la, sem que tenha sido demonstrada qualquer culpa em relação à observância dos deveres de cuidado no uso do veículo (LEITÃO, Adelaide Teles de Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 612).

⁴³⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Volume VIII. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 536.

⁴³¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14/2018, Jan - Mar, 2018, p. 236.

⁴³² Nas palavras da doutrina, ao vincular a teoria às situações de perigo abstrato: “Para averiguar o fim de proteção olhamos para o legislador. A sua previsão, na altura do estabelecimento da norma, determina o seu juízo sobre os comportamentos típicos com potencial de causar prejuízo. Quando, por exemplo, numa rua, estiver fixada uma velocidade máxima, ou proibido o tráfego para proteger crianças que estão a brincar, o automobilista que viole estas proibições tem que indemnizar, mesmo que seja imprevisível para um observador ideal que um automóvel atropela uma criança. Este prejuízo foi considerado pelo legislador” (LEITÃO, Adelaide Teles de Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 617).

alimentação não pode ser exigida judicialmente diretamente por um cidadão, mas a eventual violação da lei de proteção pode justificar o dever de reparar os danos dali decorrentes.

Todavia, a constatação de que a violação de uma determinada norma de proteção provocou a ocorrência de prejuízos indenizáveis depende necessariamente do cotejo entre os riscos que a norma procurava evitar – ao proibir determinada conduta ou a estabelecer determinados requisitos/modos para o seu desempenho – e os danos que efetivamente ocorreram. Como visto no exemplo acima, se os danos sofridos não realizam os riscos que a norma pretendia evitar, não podem fundamentar legitimamente a atribuição do dever de indenizar.

O âmbito de proteção da norma violada, portanto, é exatamente a identificação entre o dano ocorrido e o espaço de riscos tutelados pela norma, tanto sob o critério material – categoria dos danos –, quanto sob o critério pessoal – identificação das vítimas.⁴³³ Como afirma a doutrina de Maria Adelaide Menezes Leitão, “é necessário determinar se os danos produzidos se verificam ou afectam os bens jurídicos que caem no âmbito da protecção da norma e se as pessoas lesadas se situam no círculo das pessoas que são protegidas”.⁴³⁴

Um exemplo concreto, oriundo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro⁴³⁵, demonstra como a perspectiva normativa advogada pela teoria poderia justificar soluções mais adequadas, ao contrário daquela adotada pela Corte no caso em questão.

Eis os fatos relevantes: em 20/10/1985, um autocarro circulava durante a madrugada, tratando-se do último autocarro a realizar o trajeto naquele dia. Dentre os passageiros, encontrava-se um policial militar fardado. O motorista, ao receber o sinal de parada de pedestres que transitavam na berma, fora do ponto de parada obrigatória, decidiu por interromper o veículo e permitir a entrada dos passageiros, o que é proibido pela regulamentação de trânsito, mas costumeiro em se tratando do último ônibus da madrugada.

⁴³³ PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 405.

⁴³⁴ LEITÃO, Adelaide Teles de Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 407.

⁴³⁵ REsp 200.808/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2000, DJ 12/02/2001.

Assim que ingressaram no autocarro, os novos passageiros revelaram-se assaltantes, anunciando o ato em voz alta. Ao identificarem o policial fardado, desferiram um tiro em direção ao passageiro, o qual, alvejado no pescoço, ficou gravemente ferido, permitindo aos assaltantes roubarem os demais passageiros e se evadirem do local.

Coube ao Tribunal apreciar, então, se haveria, ou não, responsabilidade civil da concessionária de transporte coletivo pela invalidez do policial militar, que contra ela moveu ação reparatória.

No caso, embora cientes que a jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que a concessionária de serviço público não possui o dever de reparar o dano causado por roubos no interior do autocarro⁴³⁶, entendeu o Tribunal que o caso era particular, merecedor de um tratamento diferenciado.

Ponderou o relator, Ministro Ari Pargendler, que a foi “parada irregular, contra a lei, que resultou na invalidez de um dos passageiros”. Por sua vez, o Ministro Carlos Menezes Direito ratificou a conclusão acima, ao afirmar que a responsabilidade advinha “da existência de culpa da empresa por ter parado em lugar indevido; parada que propiciou o ingresso dos assaltantes, que provocaram o ferimento no recorrente”.

Ora, o quanto acima explanado a respeito da teoria do escopo de proteção da norma deixa claro que o caminho correto da análise da imputação da responsabilidade civil, no caso em tela, passa ao largo da constatação naturalística.

De fato, sem a parada e o ingresso dos assaltantes – seja dentro ou fora da parada autorizada –, não teria ocorrido o evento danoso. Todavia, não se pode ignorar que o Tribunal comumente reconhece que a eventualidade do crime ocorrer no interior do transporte é mera circunstância, e não causa do dano, embora seja certo que todo assalto no interior do autocarro pressupõe o ingresso no interior do veículo, em algum momento.

Todavia, a norma de proteção que disciplina o local de parada dos autocarros visa, evidentemente, disciplinar o tráfego urbano, ao dinamizar o transporte coletivo de passageiros pela organização dos locais de embarque e desembarque, a partir do estudo de mobilidade promovido pelas autoridades públicas competentes, de forma a garantir a segurança do tráfego de veículos em geral.

⁴³⁶ REsp 1728068/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018.

Deveras, a violação da norma de proteção não possui qualquer relação com o crime cometido contra o policial militar, razão pela qual o dano experimentado situa-se absolutamente fora do âmbito de proteção dos riscos tutelados pela regra de conduta violada pelo motorista do autocarro. Justificar a atribuição da responsabilidade na atuação incorreta do motorista do autocarro, portanto, não possui qualquer fundamentação normativa, tratando-se de critério arbitrário.

A aplicação da teoria, portanto, viabiliza construções mais adequadas no campo da violação das regras de proteção, a exemplo do caso em discussão.

A teoria, entretanto, não pretendeu se limitar à violação das normas de proteção, valendo-se para tanto da via aberta pela ampliação da tutela dos direitos absolutos pela construção de deveres de segurança no tráfego, os quais possibilitaram a ampliação da tutela delitual para comportamentos omissivos e lesões indiretas que classicamente não seriam reconduzíveis ao tipo do § 823, I.

Os deveres de segurança no tráfego – ao exigirem determinado padrão de cuidado externo, voltados a evitar a consumação de um certo tipo de lesões⁴³⁷ – manifestam-se em três categorias diversas: responsabilidade por um campo, pelo controle do perigo e por assunção de uma tarefa.⁴³⁸

É na esteira da flexibilidade dos deveres de segurança que parte da doutrina – sem razão – entende pela pertinência da aplicação da teoria do escopo também no campo dos direitos absolutos, vinculando a investigação causal ao “elemento finalístico da regra de conduta violada, no fundamento de justificação de sua criação, a saber, evitar ou prevenir determinados riscos ou lesões a certos bens jurídicos ou direitos de outrem”.⁴³⁹

É aqui, entretanto, que se iniciam as críticas endereçadas à teoria.

Em primeiro lugar, a teoria do escopo de proteção da norma não se apresenta como uma teoria autônoma, mas sim como um critério de limitação da responsabilidade civil, uma etapa posterior de controle normativo ainda subordinada à prévia etapa de controle naturalístico, promovida pela aplicação do critério

⁴³⁷ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 1.144.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 279.

⁴³⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14/2018, Jan - Mar, 2018, p. 255.

contrafactual.⁴⁴⁰ Dessa forma, padece das mesmas falhas da teoria que lhe serve de substrato, não se apresentando como um “critério autónomo e global de imputação”.⁴⁴¹

A utilização da teoria como um instrumento autossuficiente de imputação esbarraria, ademais, na incompatibilidade de sua aplicação com a tutela dos direitos absolutos.

Ao contrário das normas de proteção – cuja construção permite, embora não sem controvérsia, como será a seguir apontado, algum espaço de consenso em relação à finalidade da regra –, os direitos absolutos são instrumentos de realização de uma multiplicidade de interesses, de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, insuscetíveis de enumeração.⁴⁴²

De fato, diante da violação do direito absoluto à integridade física, qual critério poderia ser invocado para determinar o âmbito de proteção de tal norma, quando sabido que o ser humano pode fazer de sua experiência de vida aquilo que bem entender, dentro dos limites construídos a partir da interação com outros interesses de igual quilate? Em outras palavras, quais prejuízos podem ser incluídos e quais podem ser excluídos do âmbito de tutela de tal espécie de direitos?

Impossível, portanto, estabelecer qual o escopo, a finalidade, de um direito absoluto.

Por outro lado, a teoria do escopo de proteção da norma coloca o foco na recondução dos prejuízos à categoria de danos tidos por tutelados pela norma violada.

Entretanto, a categoria de danos é critério insuficiente para construir a imputação delitual, na medida em que, se a reparação dos danos oportunizada pela responsabilidade civil funciona como a contrapartida do descumprimento dos deveres de cuidado socialmente exigíveis, tais deveres surgem para a proteção de determinados direitos expostos a risco de um determinado modo, e não de qualquer forma.⁴⁴³

⁴⁴⁰ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 175.

⁴⁴¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 199.

⁴⁴² Por tal motivo, aponta Rui Ataíde que “o conteúdo dos direitos subjectivos é, por definição, um espaço de liberdade que, salvo os limites impostos pelo abuso de direito, pode ser aproveitado conforme se queira e cuja concreta determinação é, por isso, necessariamente remetida ao alvedrio do titular” (*Ibidem*, p. 203).

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 209.

Por exemplo, a norma que proíbe a direção de veículo acima de determinada velocidade, à evidência, tem por finalidade proteger certos bens jurídicos, em especial a integridade física, a vida e a propriedade. O faz, entretanto, com olhos em um determinado modo de produção de tais danos, quais sejam aqueles experimentados no contexto da colisão.

Portanto, como a teoria do escopo de proteção não tem por foco o modo de produção do dano, mas apenas a pertinência da categoria jurídica protegida, dificilmente poderia explicar a inviabilidade de responsabilização do motorista negligente no exemplo da morte de parente da vítima direta do acidente, atingido por um infarto ao saber da notícia da colisão, pois a categoria de direito atingido – vida e integridade física do terceiro – é exatamente aquela inserida no escopo de proteção da norma violada, embora o modo de produção da lesão seja absolutamente alheio à intencionalidade da norma.

Prosseguindo, mesmo no campo das normas de proteção, no qual a teoria apresenta seus melhores resultados, não se pode ignorar que o pressuposto da teoria – a possibilidade de identificar a finalidade da norma violada – incorre em grave problemas, que compromete sua aplicação como corolário de um projeto de valorização da segurança jurídica na responsabilização civil.

Isso porque a teoria flerta com uma concepção de Direito historicamente datada, na qual o jurista encontra no legislador o intérprete primeiro, responsável pela fixação da *mens legis*, ao contrário do reforço do papel do intérprete no processo de criação da norma jurídica advogada pelo pós-positivismo.⁴⁴⁴ Em consequência, “superestima a imaginação do legislador e, na realidade, remete a decisão à discricionariedade irrestrita do julgador”.⁴⁴⁵

Todavia, embora com críticas, as provocações da teoria do escopo de proteção da norma evidenciam para o jurista a insuficiência dos critérios de causalidade naturalística, demonstrando as vantagens de uma análise normativa de seleção dos interesses indenizáveis⁴⁴⁶, embora no contexto de uma teoria autônoma, e não mais como um complemento ainda tributário das concepções empíricas.

⁴⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 212.

⁴⁴⁵ HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 477 (tradução nossa).

⁴⁴⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14/2018, Jan - Mar, 2018, p. 262/263.

2.11. Teoria da imputação objetiva

Muito já foi dito a respeito da necessidade de construir um novo nexo de causalidade, sob a perspectiva diferenciada da análise normativa. Para tanto, foi necessário primeiramente não apenas apontar as falhas das teorias tradicionais da causalidade, mas também questionar o pressuposto naturalístico sobre a qual se assentam, com maior ou menor intensidade.

Agora, cabe avançar para a defesa da teoria da imputação objetiva como o critério apropriado de fundamentação da responsabilidade civil pelo filtro do nexo de causalidade, particularmente no terreno da responsabilidade pelo risco, no qual a identificação do liame que vincula determinadas atividades a certos riscos ganha ares de critério decisivo na edificação do dever de indenizar.

O caminho para a defesa da teoria passa, então, pela ratificação da compreensão de que a causalidade possui não apenas uma, mas duas funções intrínsecas: i) a primeira envolve a ligação entre a lesão ao bem juridicamente protegido e o comportamento, fato natural ou a atividade analisados, viabilizando a identificação do responsável; ii) a segunda abrange a recondução do dano experimentado, do prejuízo, à lesão ao bem juridicamente protegido, permitindo a delimitação do âmbito de prejuízos ressarcíveis.

Entretanto, ignorando a pluralidade acima, ainda prevalece a noção de que o papel da causalidade é único, cingindo-se à identificação dos danos ressarcíveis (item “ii” acima), por meio do reconhecimento de que determinado comportamento ou atividade – já previamente atrelado a determinado agente pelo fator de atribuição subjetivo ou objetivo – provocou o resultado danoso no mundo fático, juízo instrumentalizado pela aplicação de alguma das teorias anteriores.

Não à toa, parte da doutrina insiste em promover uma análise sequencial, fatiada, da obrigação de indenizar, repartindo estaticamente as tarefas entre o fator de atribuição, seja ele subjetivo (culpa) ou objetivo (risco, garantia, equidade, dentre

outros) – a quem competiria promover a ligação entre sujeito e comportamento⁴⁴⁷ – e o nexo de causalidade – cuja função seria apenas definir a extensão dos danos.⁴⁴⁸

Portanto, na visão que ignora a duplicidade de funções da causalidade, a análise do fator de atribuição ocorreria com olhos voltados exclusivamente à relação entre comportamento/atividade/fato e sujeito, sendo apenas posteriormente apreciada a ligação entre o comportamento já imputado a alguém, pela culpa ou pelo risco, e os danos, agora no espaço da causalidade.

Todavia, na realidade, uma investigação mais acurada não pode negar a necessidade de promover um raciocínio circular, com idas e vindas entre o fato, o comportamento ou a atividade examinada, praticada por determinado sujeito ou a ele vinculada, e o dano a ele potencialmente imputável.

A causalidade, nessa renovada acepção, é exatamente o instrumento de tal diálogo, oferecendo ao fator de atribuição o contexto dentro do qual sua disciplina – objetiva ou subjetiva – se manifesta.

Incorporando a evolução da doutrina alemã, a professora Mafalda Miranda Barbosa identifica a dupla função da causalidade com a aplicação dos seguintes termos: a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade.

De acordo com a autora, “a primeira teria como função ligar o comportamento do sujeito à lesão do direito subjetivo ou do interesse; a segunda serviria para estabelecer o nexo entre a lesão do direito ou do interesse e os danos subsequentes que avultassem”.⁴⁴⁹

Em outras palavras, primeiramente é essencial promover um juízo sobre se a lesão ou o perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado pode, ou não, ser imputado ao comportamento – causalidade que fundamenta a responsabilidade –, para, somente depois, investigar a ligação entre a lesão e o dano experimentado,

⁴⁴⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. *Causalidade e imputação na responsabilidade objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamento*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 7/2016, Abr - Jun, 2016, p. 185.

⁴⁴⁸ ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade*. Diálogos sobre Direito Civil. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 448. No mesmo sentido, FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 189.

⁴⁴⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 51/52.

identificando quais seriam indenizáveis – causalidade que preenche a responsabilidade.⁴⁵⁰

A distinção da doutrina alemã é ignorada na maior parte dos países, salvo, no contexto europeu, algumas vozes em Portugal e Itália.⁴⁵¹ No Brasil, o tema é igualmente alheio às investigações acadêmicas.⁴⁵²

No que toca à primeira modalidade de causalidade – a fundamentadora –, a necessidade de estabelecer uma ligação causal entre comportamento e lesão deriva do reconhecimento de que a responsabilidade civil está inserida em um contexto axiológico maior, próprio do Direito Civil, no qual devem ser harmonizados os princípios da liberdade – a permitir ao indivíduo ampla possibilidade de ação – e da responsabilidade – a estabelecer como limite do comportamento o impacto desautorizado nos bens e interesses jurídicos alheios.

Fixada tal premissa, para que a liberdade permaneça como a regra, todo e qualquer parâmetro de cuidado – seja ele, ou não, corporificado em um dever de comportamento exigível, a ser investigado no espaço da lide judicial – apenas existe em atenção à proteção de certos bens jurídicos, que estejam sob risco de lesão de determinados modos, certa dinâmica lesiva.

Em outras palavras, envolva o processo de atribuição do dever de indenizar a discussão sobre a preterição dos deveres de cuidado de forma censurável (responsabilidade civil subjetiva) ou estejam tais parâmetros de cautela subjacentes ao debate (responsabilidade civil objetiva)⁴⁵³, a responsabilização sempre depende de análise sobre a pertinência entre os danos experimentados e os riscos abrangidos pelo comportamento.

De forma exemplificativa, se um motorista ultrapassa o sinal vermelho por estar utilizando o telemóvel enquanto dirige, não atingindo ninguém, mas causando tamanho susto em um pedestre que enxergou a situação da calçada que este vem a

⁴⁵⁰ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 182.

⁴⁵¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Haftungsbegründende kausalität e Haftungsausfüllende kausalität/Causalidade fundamentadora e causalidade Preenchedora da responsabilidade*. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto. Vol. 2, n. 10, 2017, p. 16.

⁴⁵² Como exceção: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 114.

⁴⁵³ Subjacentes, pois, como vimos, a responsabilidade civil objetiva não afasta a existência de parâmetros de cuidado ideais, em cada caso concreto, embora sua observância seja indiferente ao processo de imputação e alheios à apreciação do julgador.

ter um ataque nervoso, com sequelas prejudiciais, o exame do fator de atribuição subjetivo não se esgota, como pretende a teoria acima citada, em um exame fracionado.

Ou seja, não se pode simplesmente enxergar a relação entre o comportamento e o sujeito de forma desconectada do resultado concreto, para afirmar que, ao descumprir o padrão de cuidado que lhe era exigível – dirigir de forma desatenta e ultrapassar o sinal vermelho, em infração às normas de trânsito –, o motorista incorreu em um ilícito culposos (fator de atribuição subjetivo), seguindo apenas então a análise da ligação entre o comportamento já qualificado como culposos e os danos (nexo de causalidade apenas como delimitação dos danos), por meio das teorias empíricas.

Ao contrário, o padrão de comportamento exigível só é exigível em atenção a determinados riscos, experimentados de determinados modos, razão pela qual a conduta só pode ser considerada culposa quando analisada em cotejo com o âmbito de prevenção dela esperado. O fator de atribuição, portanto, não pode ser aferido sem um olhar simultâneo sobre os resultados do comportamento.

Assim, no exemplo hipotético acima e em atenção aos fins do Direito Civil⁴⁵⁴, mais correto do que afirmar que a conduta é culposa, porém o dano do transeunte não é indenizável – pela invocação de alguma das teorias da causalidade –, é apontar que o resultado verificado não pode ser reconduzido ao motivo que alicerça o dever de conduta preterido, tarefa da causalidade fundamentadora. Ou seja, em relação à crise nervosa do pedestre na calçada, o comportamento do motorista não é culposos para fins de imputação do dever de indenizar.

O fator de atribuição, portanto, somente encontra colorido na correlação entre o resultado danoso e o comportamento, os fatos naturais ou a atividade analisados, fruto de um juízo de interações recíprocas.

O instrumento para a correta aferição da causalidade fundamentadora da responsabilidade civil é a teoria da imputação objetiva, também chamada de teoria do risco, que veicula um critério normativo para a construção do liame etiológico.

⁴⁵⁴ Outra pode ser a abordagem, por exemplo, do Direito Administrativo, pois diversas são os seus objetivos.

A teoria da imputação objetiva surgiu no Direito Civil com Karl Larenz, nos anos 20 do século passado⁴⁵⁵, com a ideia de imputar ao sujeito os resultados previsíveis de sua ação, a partir de uma visão normativa, e não naturalística, relacionada ao controle causal. Porém, foi no Direito Penal que a teoria ganhou o necessário desenvolvimento e a esperada aceitação, especialmente pelos trabalhos de Honig, na década de 1930, e Roxin e Jakobs, nos anos 1970.⁴⁵⁶

Segundo a teoria, em sua explicação no campo dos crimes materiais – chamados de crimes de resultado –, a tipicidade objetiva de uma conduta não se limita à identificação naturalística que o evento produziu o resultado típico. Algo a mais é necessário: a imputação depende da constatação de que o comportamento típico criou ou ampliou um risco não permitido pelo ordenamento, em cujo interior o dano concretamente produzido está inserido.⁴⁵⁷

Nas palavras de Claus Roxin, “quando se trata da produção de um risco até o nível tolerável, o Estado não pode imputar aos seus cidadãos os resultados provenientes de suas condutas praticadas justamente no âmbito desse risco permitido, ainda que tais resultados se traduzam em danos ou perigos a outras pessoas”.⁴⁵⁸

Sem pretensão de avançar no campo penal – na medida em que a teoria da imputação objetiva é aqui reivindicada de volta ao campo civil –, é através da aplicação da teoria do risco que questões polêmicas recebem uma explicação adequada.

O comportamento do vendedor de facas que, recebendo um cliente evidentemente fora de seu equilíbrio emocional, mesmo assim vende a faca que vem a ser utilizada no homicídio, não pode ser tido por causa da morte – ainda que seja condição empiricamente necessária para o evento –, pois seu comportamento não criou um risco proibido. Tampouco é responsável pela morte o herdeiro potencial que,

⁴⁵⁵ PRADO, Luiz Régis. *Teoria da imputação objetiva do resultado: uma abordagem crítica*. Revista dos Tribunais, vol. 798/2002, Abr/2002, p.446.

⁴⁵⁶ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva, no âmbito do Direito Penal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.12, n.1, jul. 2017, p. 43.

⁴⁵⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal*. Revista dos Tribunais, vol. 849/2006, Jul, 2006, p. 439.

⁴⁵⁸ *Apud* CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva, no âmbito do Direito Penal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.12, n.1, jul. 2017, p. 53.

desejoso de ver o instituidor falecido, o instiga a viajar de avião na esperança, concretamente realizada, de ocorrência de um desastre aéreo.⁴⁵⁹

Em ambos os casos, o resultado típico penalmente previsto – qual seja, a morte – ocorre, estando presente o elemento subjetivo culposo ou doloso. Entretanto, o resultado está fora da esfera de riscos imputável aos agentes.

Retornando ao Direito Civil, a importância capital conferida ao binômio liberdade e responsabilidade – face e contraface da interação humana, necessariamente social – apontam ao jurista o caminho a seguir: quando o ser humano opta por um determinado comportamento ou atividade, exercitando sua liberdade, cria para os demais integrantes da comunidade uma série de riscos, permitidos ou proibidos. A identificação de tais riscos proibidos atua para edificar um conjunto exigível de deveres de cuidado, correlacionado com as demais esferas de risco incidentes no caso, quais sejam o risco geral da vida, o risco de terceiros e a autocolocação em risco.

A liberdade de agir, postulado fundamental do sistema, carrega consigo a admissão tácita da ocorrência de danos inerentes ao convívio social, os quais devem, como regra, ser suportados pelo prejudicado, salvo se descumprido, pelo lesante, “o limiar de risco permitido pela própria dinâmica normal da liberdade de ação”.⁴⁶⁰

Os riscos oriundos da atividade, portanto, servem, ao mesmo tempo, para construir os deveres de cuidado exigíveis, cuja preterição revela o comportamento ilícito e, provavelmente, culposo⁴⁶¹, e para definir objetivamente o círculo dentro do qual a causalidade fundamentadora se revela. Imputação e causalidade, portanto, possuem um germe comum na criação ou aumento de riscos.⁴⁶²

No campo da responsabilidade civil subjetiva, a aplicação da causalidade fundamentadora permite dar concretude à compreensão de que a ilicitude é desvelada pelo resultado, seja ele a violação de direitos absolutos ou de normas de proteção.⁴⁶³ Na seara da responsabilidade civil objetiva, que particularmente nos interessa, sua

⁴⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1. Parte geral*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 307.

⁴⁶⁰ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 254.

⁴⁶¹ No sentido de juízo de censura, fruto da análise da culpabilidade posterior à identificação da ilicitude. Sobre o tema, JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 315.

⁴⁶² Ao abordar o tema com o foco na responsabilidade civil subjetiva: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 65.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 55.

função é garantir que a atribuição do dever de indenizar independentemente da preterição de qualquer padrão de cuidado e em paralelo à censura ocorra apenas nos casos relacionados aos riscos que justificaram a regra especial.

Em ambos os casos, na medida em que há um desejado grau de vagueza na premissa geral do *neminem laedere*, bem como um largo âmbito dentro do qual a regra de responsabilidade objetiva incide, há de se examinar se a conduta aumentou ou criou o risco proibido que se concretizou no resultado.

Um exemplo de escola ajuda a estabelecer os contornos da teoria.

Em 1968, o *Bundesgerichtshof* (BGH) deparou-se com o seguinte caso: um determinado motorista, chamado de A, provocou um acidente de trânsito de forma culposa, situação na qual a vítima da colisão teve de se submeter a exames médicos. Em decorrência dos exames, a vítima do acidente descobriu sofrer de esclerose cerebral – doença preexistente, absolutamente alheia ao acidente de trânsito –, informação que acarretou em sua aposentadoria precoce e compulsória, diante da invalidez para a atividade que habitualmente exercia. A remuneração da aposentadoria, todavia, era inferior àquela recebida quando da ativa, razão pela qual o acidentado buscou do motorista responsável pelo acidente o pagamento de uma indenização correspondente aos lucros cessantes, a diferença entre a remuneração da ativa e os proventos da inatividade.

Inexistindo discussão sobre a preterição dos deveres de cuidado por parte do motorista A – o que, segundo a visão tradicional, é suficiente para definir a imputação por meio da aplicação do fator de atribuição subjetivo –, restava à causalidade resolver a questão. Sendo certo que o acidente foi condição necessária do resultado, pois sem ele não teria havido o exame que revelou a doença, e que não se pode negar ser a realização de exames médicos um efeito normal e esperado de um acidente de trânsito, de forma a preencher também a majoritária causalidade adequada, a solução pela perspectiva naturalística não poderia ser outra que não o acolhimento do pleito.

Entretanto, salta aos olhos a insustentabilidade da solução.⁴⁶⁴

É a teoria da imputação objetiva que – afastando a discussão do exame causal naturalístico – responde à questão ao afirmar, como o fez o BGH, que a integridade física objetivada pela edificação de deveres de cuidado no trânsito veicular

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 58.

não abrange a descoberta de doenças preexistentes, pois tal consequência faz parte do risco geral da vida. Portanto, os riscos inerentes ao trânsito edificaram certos deveres de cuidado cujo descumprimento concreto manifesta a culpa, mas que não podem conduzir à responsabilização civil quando o dano concreto se processa de modo alheio à forma esperada.

Em outras palavras, inexistente causalidade fundamentadora da responsabilidade no caso, pois os riscos ampliados pela culpa na condução do veículo não podem ser reconduzidos ao dano efetivamente experimentado, juízo este alicerçado na concepção normativa, que visa a garantir que a responsabilidade civil realize os fins da norma.

Especificando os critérios envolvidos na identificação da imputação objetiva, o risco geral da vida – que impede a fundamentação da responsabilidade – ocorre quando o resultado, embora envolvido na cadeia naturalística do evento investigado, possui com esse uma relação de mera circunstância, mera ocasião.⁴⁶⁵ Como afirma a doutrina, “a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo”.⁴⁶⁶

Da mesma forma, participam da investigação da imputação o espaço de risco construído pelo comportamento do próprio lesado, desde que livre, consciente e informado⁴⁶⁷, e os riscos decorrentes da atuação de terceiros.

Entretanto, em todos os casos, o exame ocorre no formato de um diálogo ponderado entre tais esferas de riscos, na medida em que – com os olhos voltados à esfera de riscos construída pelo lesante – é possível que o âmbito de riscos ligados ao lesante tenha por finalidade exatamente evitar a consumação do dano por intervenção da própria vítima ou do terceiro.⁴⁶⁸ Nessa hipótese, não se pode falar em

⁴⁶⁵ O exemplo clássico da lesão corporal de pequena monta, provocada de forma dolosa ou culposa, mas que demanda o transporte do lesado ao hospital, em cujo trajeto finda por ser vitimado fatalmente por um acidente de trânsito envolvendo a ambulância, bem explica o ponto. Embora haja causalidade do ponto de vista naturalístico – daí a dificuldade das teorias tradicionais em ofertar um critério seguro de solução para esse recorrente exemplo de escola –, acidentalizar-se no trânsito faz parte do risco geral da vida, risco este que não foi aumentado pela lesão corporal anterior ou pela circunstância de o trajeto ocorrer em ambulância.

⁴⁶⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017, p. 185.

⁴⁶⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Vítima, consentimento e imputação objetiva*. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, vol. 2/2019, Jan, 2019, p. 188.

⁴⁶⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017, p. 186.

interrupção do nexo causal, mesmo que haja intervenção relevante, do ponto de vista naturalístico, do comportamento da vítima ou do terceiro.⁴⁶⁹

Como é próprio de uma seara do Direito tão prática quanto a responsabilidade civil, exemplos auxiliam na compreensão da inclusão do comportamento de terceiros ou da própria vítima no âmbito de riscos atribuído ao responsável.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro apreciou caso no qual, em uma comunidade de baixa renda, com precário acesso aos serviços públicos, uma troca de tiros entre policiais e criminosos resultou no rompimento de um cabo de energia elétrica, que permaneceu caído na porta do estabelecimento comercial do lesado, ameaçando transeuntes e impedindo o acesso dos consumidores ao pequeno comércio. Por volta das 19h, horas após a solicitação formal de reparo à concessionária – efetuada por volta das 16h –, a vítima decidiu retirar o cabo de energia da rua com as próprias mãos, sofrendo um choque que o vitimou fatalmente.⁴⁷⁰

Aqui, alegou a concessionária a ocorrência de fato exclusivo de terceiro – qual seja a atuação dos responsáveis pelo tiroteio, policiais e criminosos – e o fato exclusivo da vítima – que teria manuseado imprudentemente a fiação caída.

O Superior Tribunal de Justiça, corretamente, afastou as alegações da concessionária e reconheceu presente o dever de indenizar, apontando que, sendo certa a incidência de uma regra legal de responsabilização pelo risco⁴⁷¹, o cerne da questão envolvia a discussão a causalidade.⁴⁷²

Todavia, a fundamentação adotada pela Corte valeu-se de argumentos alheios à causalidade, válvula de escape encontrada para enfrentar a inconsistência

⁴⁶⁹ Conforme abordado anteriormente, o Supremo Tribunal brasileiro firmou posição no sentido da ausência de responsabilidade civil por crime praticado por foragido do sistema prisional (RE 608880, em 04/09/2020). Embora a questão torne-se mais complexa quando o fato danoso envolva coautores e partícipes, é importante perceber que a esfera de riscos decorrente do dever de manter segregado o condenado, imputável ao Estado, abrange exatamente o comportamento do foragido, embora a conduta não seja, naturalisticamente, praticada por um agente estatal.

⁴⁷⁰ REsp 1308438/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, REPDJe 07/10/2013, DJe 27/09/2013.

⁴⁷¹ No caso, o art. 36, § 6º, da Constituição brasileira de 1988: “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

⁴⁷² Transplantado a questão para o Direito português, o que fez o julgador foi interpretar a expressão “causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa” (art. 509º/2, do Código Civil), de forma a entender que o fato de terceiro não é alheio à atividade desempenhada pelo responsável.

entre a solução juridicamente correta e a aplicação das teorias clássicas do nexo de causalidade, de viés empírico.

De fato, sob o ponto de vista exclusivamente naturalístico, resta tormentoso sustentar que a própria vítima não teve uma contribuição decisiva na ocorrência do resultado danoso. Sendo certo que a atuação do lesado funciona como condição negativa do evento – suficiente para atender ao requisito da *conditio sine qua non* –, não se pode negar ser o choque uma consequência normal e esperada de tocar, com as mãos nuas e sem o conhecimento técnico adequado, um cabo elétrico rompido.

Na perspectiva tradicional naturalística, portanto, seria robusta a invocação de uma das hipóteses de exclusão do nexo causal. No mínimo, no Direito brasileiro, a aplicação das teorias clássicas da causalidade levaria à redução proporcional do prejuízo.

A solução, porém, não atenderia à necessidade de uma solução juridicamente adequada.

Por tal motivo, a evidente contribuição causal, do ponto de vista factual, da atuação dos lesados foi enfrentada, pela Corte, com a invocação de elementos relacionados à culpabilidade, mesmo cientes de se tratar de hipótese de responsabilidade civil pelo risco.

Exemplar é a afirmação do Ministro Luis Felipe Salomão, no segundo julgado comentado, ao ponderar que, “não obstante amparar-se em responsabilidade objetiva, é bem de ver que se extrai da moldura fática apurada pelas instâncias ordinárias a existência de culpa na conduta da concessionária”, decorrente da demora excepcional, de horas, para reparar a fiação, embora a instrução tenha apurado ser o tempo médio de trinta minutos.

Em outras palavras, a contribuição causal do lesado – denominada impropria e simbolicamente de *culpa* exclusiva – somente pôde ser afastada satisfatoriamente, como forma de garantir a procedência, pelo apelo à *culpa* da concessionária, ao não reparar o cabeamento em tempo oportuno. A Corte, portanto, avançou para comparar a culpa dos envolvidos, embora de responsabilidade objetiva se tratasse.

A insuficiência da construção não escapa à seguinte provocação: se a concessionária houvesse encaminhado rapidamente um preposto ao local, mas o morador tivesse, mesmo assim, manuseado o cabo antes da chegada da equipe técnica, não haveria responsabilidade? Mesmo sendo certa a aplicação da regra de

responsabilidade pelo risco, cuja incidência prescinde da investigação sobre a adoção, ou não, das medidas de cautela por parte do potencial lesante?

Vê-se, assim, que as teorias de causalidade lastreadas na investigação empírica são incapazes de fornecer sustentação adequada à solução alcançada pela Corte.

Pelo contrário, a teoria da imputação objetiva, com seu cariz normativo, serviria de alicerce adequado. Vejamos.

Na realidade, a atuação da concessionária cria uma esfera de riscos intrinsecamente relacionada ao desempenho de sua atividade, decorrência dos perigos inerentes à distribuição de energia elétrica. Mencionada esfera de responsabilidade – tutelada, por escolha do legislador, por uma regra de responsabilização civil objetiva –, edifica um círculo de danos potenciais que delimitam o âmbito normativo da causalidade fundamentadora da responsabilidade, cuja ocorrência concreta confere o suporte fático para o surgimento do dever de indenizar, independentemente da observância dos parâmetros de cautela.

A esfera de riscos assim erigida envolve não apenas os danos experimentados como decorrência direta, sob o ponto de vista naturalístico, da atuação da própria concessionária e de seus prepostos – a exemplo da explosão da unidade de geração e/ou distribuição de energia, causando danos materiais e morais a terceiros ou da queda abrupta de energia que danifique os aparelhos elétricos da residência –, mas também certos danos que, embora estabelecidos pela atuação das vítimas ou de terceiros, podem ser reconduzidos à esfera de riscos atribuída objetivamente ao lesante.

Portanto, o risco criado pela geração e distribuição de energia elétrica alcança também os danos causados pela fiação caída ou rompida, que vem a tocar no lesado, seja a queda motivada por fato de terceiros ou da natureza, haja, ou não, preterição do dever de cuidado. Da mesma forma, independentemente da invocação da culpa, cientificada da existência de um fio caído em via pública, o tempo decorrido até o conserto edifica uma esfera de riscos que se concretizou no dano.

A solução, repita-se, envolve uma avaliação normativa com olhos voltados à dinâmica real dos eventos.

Assim, se por hipótese a vítima, desejosa de se suicidar, sobe ao poste de energia elétrica e lança a mão à fiação, o risco criado pelo lesado não está abrangido

pela esfera imputável objetivamente à concessionária, prevalecendo o risco decorrente da livre atuação da vítima.

Deveras, a solução dos casos narrados não demanda ao julgador se embrenhar na discussão do respeito ao dever de cautela exigível, típica da responsabilidade civil subjetiva expressamente alijada de casos tais pelo legislador. Basta ao jurista demonstrar que, existindo uma regra de responsabilidade pelo risco, a recondução do dano à esfera de riscos objetivamente imputável ao lesante, haja, ou não, atuação de terceiros ou da vítima.

Retornando à construção dos critérios que orientam o jurista na aplicação da imputação objetiva, tem-se assim que um resultado somente pode fundamentar a responsabilidade se: i) criar ou ampliar um risco não permitido, juridicamente relevante; ii) o risco criado ou ampliado se manifestar no resultado, no modo esperado para a espécie de perigos avaliada; iii) o resultado estiver dentro do âmbito, do alcance, do risco, avaliação que dialoga com as esferas de terceiros, da vítima e do risco geral da vida.⁴⁷³

Oportunas, aqui, são as palavras da professora Mafalda Barbosa: "Ao recusarmos uma visão tendencialmente mecanicista e naturalista para entrarmos na circularidade do cotejo de esferas de risco, perde qualquer razão de se falar de *interruptio*".⁴⁷⁴ De fato, apenas é possível interromper aquilo que flui de forma unidirecional, atributo que não se amolda à construção normativa da causalidade, plural, circular e dialógica.

Portanto, mais do que discutir uma pretensa reconstrução da cadeia causal fática – sob o critério contrafactual, de regularidade ou probabilístico –, a imputação objetiva convoca o jurista a realizar, no campo da causalidade, a intencionalidade própria do Direito, atribuindo a obrigação de indenizar apenas nas hipóteses em que a liberdade de agir desejada pelo ordenamento jurídico seja evidenciada pelo descumprimento do dever de cautela exigível – nos casos de responsabilidade subjetiva – ou quando a observância de tal paradigma seja deliberadamente alijada pelo legislador da discussão, em atenção a determinados riscos atrelados à atividade – responsabilidade objetiva.

⁴⁷³ ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 38/2002, Abr – Jun, 2002, p. 13/17.

⁴⁷⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*. 1.ed. Cascais: Principia, 2014, p. 180.

Em muitos casos, a solução alcançada pela teoria do risco será idêntica àquela atingida pela aplicação das teorias tradicionais. A comunhão do ponto final, entretanto, não elide a disparidade das rotas traçadas, diferença essa que se evidencia nos casos – igualmente numerosos – em que apenas a imputação objetiva outorga à solução a chancela de construção coerente.⁴⁷⁵

A relação entre os fatos naturais, o comportamento ou a atividade livremente desenvolvida e a esfera de riscos daí decorrente – que na responsabilidade civil subjetiva também informa os deveres de cuidado exigíveis – funciona, ao mesmo tempo, como razão determinante da incidência do fator de atribuição objetivo e de construção da esfera dentro da qual a causalidade se manifesta.

Enquanto os perigos relacionados à atividade instigam o legislador a inserir a situação em um dos casos excepcionais em que a presença de um comportamento ilícito e censurável é dispensável, cabe ao jurista edificar o âmbito de causalidade decorrente desses mesmos riscos, em uma visão calcada na intencionalidade própria do ordenamento jurídico.

Ao contrário da teoria do escopo da norma de proteção, a imputação objetiva não indaga qual a intenção do legislador, mas sim bebe da mesma fonte que justificou a aplicação da regra objetiva para construir o âmbito de fundamentação da obrigação de indenizar.

A responsabilidade civil objetiva, repita-se, não pode ser compreendida apenas e tão somente como uma responsabilidade civil sem culpa. Conforme afirmado alhures, a compreensão do instituto envolve o reconhecimento de que se trata de uma forma diversa de compreender o fenômeno jurídico da imputação dos danos, não mais ligado à ideia de reprovação e censura, mas sim a um conjunto de danos ligados ao sujeito ou à atividade por critérios diversos do liame naturalístico.

⁴⁷⁵ O já citado caso da contaminação por HIV transmitido pelo parceiro, embora desafie a lógica da reconstrução empírica lastreada na causalidade adequada, é resolvido de forma mais harmônica pela imputação objetiva. Seja, ou não, a transmissão do vírus uma consequência esperada do comportamento adotado, a partir de paradigmas probabilísticos cientificamente comprovados, fato é que os deveres de cuidado aplicáveis à espécie de interação que envolve um casal – deveres de lealdade, informação e afeto – têm por finalidade evitar danos daquele tipo. Portanto, o comportamento culposos do parceiro criou um risco de dano que veio a ser concretizado no resultado, sendo a eventual invocação de contribuição causal do lesado – que, por exemplo, não utilizou preservativos – absorvida pela constatação de que os deveres de cautela imputáveis ao lesante abrangiam exatamente a atenção com o parceiro, de forma a afastar eventual alegação de exclusão da responsabilidade (REsp 1760943/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 06/05/2019).

É exatamente no vácuo decorrente da ausência de disseminação da ideia de que a responsabilidade civil objetiva apenas será bem compreendida e aplicada em paralelo à investigação do nexo de causalidade normativo, de caráter fundamentador da própria obrigação de indenizar, que pululam pretensões judiciais sustentadas na seguinte lógica, simplista e incorreta: havendo responsabilidade pelo risco, descabe discutir o comportamento culposos do agente; portanto, havendo uma atividade albergada por tal espécie de regra da qual decorra, sob um critério naturalístico, uma lesão a bem juridicamente protegido pelo ordenamento, existe automaticamente obrigação de indenizar.

Exemplo emblemático da insustentável combinação da regra de responsabilidade pelo risco com um critério naturalístico de causalidade é encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese, um consumidor adquiriu, em uma loja virtual, em compra e venda *online*, dois aparelhos eletrodomésticos: uma adega e um refrigerador. Para efetuar o pagamento, emitiu e quitou o boleto bancário disponibilizado pelo sítio do vendedor na internet. Todavia, os produtos nunca foram entregues pelo vendedor, razão pela qual o consumidor requereu indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Entretanto, tal demanda foi movida não em face do inadimplente fornecedor dos produtos, mas sim contra o banco responsável pela emissão do boleto.⁴⁷⁶

Na compreensão do demandante, sendo o banco um fornecedor de serviços ao mercado, responde objetivamente – independentemente de qualquer culpa – pelos danos experimentados no decorrer da relação jurídica viabilizada pela emissão do boleto, na forma do Código de Defesa do Consumidor brasileiro⁴⁷⁷ e do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴⁷⁸

De fato, partindo-se de uma incorreta visão fracionada do instituto da responsabilidade civil – que não se vale do diálogo entre atividade/comportamento e dano –, as instituições financeiras respondem independentemente de culpa, razão

⁴⁷⁶ REsp 1.786.157-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 03/09/2019, DJe 05/09/2019.

⁴⁷⁷ Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990): Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁴⁷⁸ Súmula 297/STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” e Súmula 479: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

pela qual descabe discutir se houve, ou não, o descumprimento das medidas de cautela exigíveis. Caso fixado o fator de atribuição da responsabilidade apenas pela análise da relação entre determinada pessoa, física ou jurídica, e a atividade desempenhada, o nexo de causalidade apreciado sob a perspectiva naturalística levaria ao reconhecimento de que a exclusão hipotética do meio de pagamento impediria o resultado danoso (*conditio sine qua non*), tampouco sendo possível negar que o inadimplemento contratual é uma consequência normal, não extraordinária, de qualquer compra e venda com entrega protraída dos bens (causalidade adequada).

A observância da teoria tradicional, portanto, levaria ao inaceitável acolhimento da pretensão.

O Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez ao arrepio da teoria causal que retoricamente invoca, adotou a solução juridicamente correta ao rejeitar a pretensão. Todavia, como sói ocorrer nos casos em que pulsa a necessidade de compreensão da causalidade normativa, o fez valendo-se de fundamentação inadequada.

No caso, ao ratificar a incidência da regra de responsabilidade pelo risco às instituições financeiras, o Tribunal lembrou que a constatação acima é utilizada pela Corte para admitir a responsabilização, independentemente de culpa, em casos como “(i) assaltos no interior das agências bancárias (REsp 787.124/RS, Primeira Turma, DJ 22/05/2006); (ii) inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito (REsp 1149998/RS, Terceira Turma, DJe 15/08/2012); (iii) desvio de recursos da conta-corrente; (iv) extravio de talão de cheques (REsp 685.662/RJ, Terceira Turma, DJ 05/12/2005); (v) abertura não solicitada de conta-corrente; (vi) clonagem ou falsificação de cartões magnéticos; (vii) devolução de cheques por motivos indevidos; entre outros”.

Em consequência, afirmou o Superior Tribunal de Justiça “que as instituições financeiras são consideradas objetivamente responsáveis por danos decorrentes de sua atividade bancária, compreendida como o conjunto de práticas, atos ou contratos executados por instituições bancárias”.

Entretanto, na ausência de uma teoria apropriada da causalidade na responsabilidade objetiva, o Tribunal caminhou para afirmar que “não há como considerar o banco recorrido como pertencente à cadeia de fornecimento do produto que nunca foi entregue, apenas por ter emitido o boleto utilizado para pagamento”.

Dessa forma, ao afirmar que a instituição financeira não atuou como fornecedora, afastou a obrigação de indenizar.

Embora mereça aprovação a solução pela rejeição da pretensão, é evidente que a instituição financeira atuou como fornecedora de serviços bancários no contexto da cadeia de negócios que compôs a relação de consumo discutida nos autos.

Especificamente, ao emitir um boleto bancário, a instituição financeira viabiliza o meio de pagamento de uma duplicata virtual, título de crédito produzido pela vendedora dos produtos e endossado virtualmente ao banco no qual o comprador possui conta corrente. Tanto é assim que o próprio Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de o banco protestar a duplicata virtual por indicação, a partir do boleto bancário, na hipótese de inadimplemento pelo consumidor.⁴⁷⁹

Na realidade, o diálogo entre a atividade submetida à regra de responsabilidade objetiva e a esfera de riscos dentro da qual a causalidade fundamenta a obrigação de indenizar é edificada por meio dos cânones fixados pela própria lei, ao construir os contornos do fator de atribuição.⁴⁸⁰

Ela o faz ao exigir seja a prestação do serviço defeituoso, expressão que, infelizmente, remete incorretamente, sob o ponto de vista linguístico, ao inaplicável descumprimento de um dever de cautela.

Na realidade, o defeito na prestação de serviços remete à segurança legitimamente esperada pelo consumidor, a partir das circunstâncias relevantes, quais sejam “o modo de seu fornecimento”, “o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam” e “a época em que foi fornecido”.⁴⁸¹ Tais critérios participam da delimitação do âmbito de responsabilidade objetiva, sem qualquer relação com a culpa, ou seja, com a observância ou preterição dos deveres de cuidado.

Ao indicar que a instituição financeira responde objetivamente pela prestação dos serviços bancários, identificada como “o conjunto de práticas, atos ou contratos executados por instituições bancárias”, estava o Tribunal a construir o

⁴⁷⁹ AgRg no AREsp 500.432/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015.

⁴⁸⁰ Nas palavras de Mafalda Barbosa Miranda: “Nas hipóteses de responsabilidade pelo risco, como aquela que estamos a contemplar a propósito da responsabilidade do produtor, o risco cumpre, ainda, a função de fundamento da própria responsabilidade” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017, p. 184).

⁴⁸¹ Artigo 14, § 1º, incisos I a III, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

círculo de riscos que fundamenta, normativamente, o nexo de causalidade na espécie, a causação. Os danos citados pela Corte – clonagem de cartões, devolução indevida de cheques, assaltos no interior de agências, dentre outros – nada mais são do que hipóteses nas quais o dano experimentado pelo consumidor pode ser legitimamente reconduzido à esfera de riscos construída pelo exercício livre da atividade bancária, danos cuja inocorrência é legitimamente esperada pelo grau de segurança que se espera da atividade.

A instituição financeira, portanto, não deixa de ser fornecedora do serviço bancário pela ausência de defeito na prestação do serviço, como fundamentou a Corte.⁴⁸² Há fornecimento de serviços ou produtos quando a pessoa física ou jurídica participa da cadeia de oferta de bens e produtos ao mercado, haja ou não defeito, pois tal qualificação apenas faz parte dos requisitos para a responsabilização civil, e não para a qualificação como fornecedor.

Na realidade, a inexistência de obrigação de indenizar por parte do banco decorre do fato de que o dano experimentado pelo autor, fruto do estelionato praticado pelo vendedor, não faz parte da esfera de riscos criada ou ampliada pela atuação da instituição financeira – em relação à qual responde objetivamente –, exatamente porque a compra e venda poderia ter sido viabilizada por diversos outros métodos de pagamento, desde o uso de pontuação de programas de fidelidade até o emprego do cartão de crédito.

A digressão acima demonstra a importância da construção de uma causalidade fundamentadora da responsabilidade civil objetiva, constatação reforçada pela amplitude atualmente confiada ao instituto.

Não obstante a inicial coerência entre as hipóteses legais de responsabilização pelo risco – atreladas à exploração de atividades com perigos técnicos especiais, não domináveis pelo estado da técnica, vide as ferrovias e as instalações elétrica⁴⁸³ –, a responsabilidade objetiva avançou para diversos campos, perdendo a coerência originária.

⁴⁸² Nos termos do voto da Ministra Relator, Nancy Andrighi: “Em outras palavras, o banco recorrido não pode ser considerado um ‘fornecedor’ da relação de consumo que causou prejuízos à recorrente, pois não se verifica qualquer falha na prestação de seu serviço bancário”.

⁴⁸³ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 447/448.

Atualmente, a opção político-jurídica justifica a aplicação da regra em situação não perigosas, vide várias atividades de consumo⁴⁸⁴ e, no Brasil, a responsabilidade civil por fato de terceiro.⁴⁸⁵ E mais: como visto anteriormente, no Brasil, a responsabilidade civil objetiva conta com a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, estando presente sempre que “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Em que pese o carácter multifacetado das hipóteses de responsabilidade objetiva, ao contrário da amplitude inerente à responsabilidade civil aquiliana subjetiva – na qual o dever de cuidado exigível é, até o momento da intervenção jurisdicional, impreciso –, em todas as suas aplicações há um desenho apriorístico do círculo de riscos que alicerça o juízo imputacional.⁴⁸⁶

Cabe ao jurista, entretanto, promover o juízo normativo apto a devolver, ou não, à esfera de riscos atrelada à atividade o dano concretamente experimentado.⁴⁸⁷ Repita-se: a imputação objetiva, enquanto teoria da causação, atribui ao diálogo das diversas esferas de risco a tarefa de fundamentar a responsabilidade⁴⁸⁸, tendo por norte a investigação de quais perigos são inerentes à atividade, realizados de um certo modo.⁴⁸⁹

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 451.

⁴⁸⁵ Artigos 932 e 933 do Código Civil brasileiro.

⁴⁸⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 65.

⁴⁸⁷ Demonstrando a relação entre o âmbito de riscos e a fonte do dever de indenizar, afirma a doutrina: “Tanto os escopos de protecção material como pessoal da norma poderão ser definidos através de um objecto mencionado em concreto como lesivo ou perigoso” (LEITÃO, Adelaide Teles de Menezes. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 629).

⁴⁸⁸ Conforme aponta a doutrina de Mafalda Miranda Barbosa, “para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a assunção de uma esfera de risco, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, a priori, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (impossibilidade do dano), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de aumento do risco. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (não criação do risco), quando haja diminuição do risco e quando ocorra um facto fortuito ou de força maior. (...) Num segundo momento, haveremos de operar com esta esfera de risco um cotejo com outras esferas de risco, abrindo-se o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos”. (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Causalidade mínima*. Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1, 2019, p. 99).

⁴⁸⁹ ROCHA, Matheus Pereira. *Reflexões sobre nexo causal, imputação objetiva e teoria do cotejo das esferas de risco na responsabilidade civil extracontratual*. Revista de Direito Privado, v. 17, 2016, p. 216.

Nas palavras do professor Rui Ataíde, “determinadas esferas de atividade sempre sofreram imputações pelo risco ou especiais exigências de cuidado porque se revelaram comprovadamente perigosas para lesar não todos mas determinados bens jurídicos que se quer preservar, por se entender que o perigo é particularmente apto para os ofender. O perigo seleccionado na previsão legal delimita, logo, em termos explícitos ou implícitos, o círculo de bens protegidos”.⁴⁹⁰

Tal círculo de bens protegidos, repita-se, não é protegido de forma genérica, mas sim de um determinado modo. Ou seja, na investigação acima sobre a situação das instituições financeiras, embora a regra de responsabilidade objetiva pretenda tutelar o patrimônio dos clientes, não planeja evitar a consumação de danos patrimoniais surgidos da maneira como experimentados pelo demandante, mas sim no bojo da própria prestação dos serviços bancários.

Uma vez fixados que os danos pertencem à esfera de riscos criadas ou ampliada, a causalidade fundamentadora não estabelece limites relacionados à natureza indireta ou reflexa dos danos⁴⁹¹, construção artificialmente defendida, sob um movediço critério naturalístico, pelas teorias tradicionais do nexa causal.

Nesse contexto, a prática do ato lesivo por terceiros ou em decorrência do comportamento da própria vítima, ou a interferência de outros atores ou fatos naturais no desdobramento da cadeia causal/factual reconhecida pelas regras probatórias, podem, ou não, afastar o dever de indenizar, a partir da análise normativa da esfera de riscos imputável objetivamente ao potencial responsável.

A casuística abaixo exemplifica os critérios de aplicação da teoria.

Um grupo extenso de adolescentes adquiriu um pacote turístico de uma sociedade empresária com atuação em organização de viagens, especificamente uma excursão a um hotel fazenda nas margens de um lago. De madrugada, excedido o horário de funcionamento do equipamento e após consumo de bebidas alcoólicas, o demandante resolveu usar a piscina do hotel, onde já se encontravam alguns amigos. Para adentrar na piscina, utilizou um escorregador destinado a crianças, descendo no equipamento com a cabeça antes dos pés.

⁴⁹⁰ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 207.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 208.

Nesse contexto, sem perceber que a piscina era rasa, ao mergulhar sofreu lesão na coluna que o deixou tetraplégico, demandando indenização pelos danos materiais e morais sofridos em face do hotel e da empresa de turismo.⁴⁹²

Quid juris?

Sendo certa a incidência da responsabilidade pelo risco prevista no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, o Tribunal apontou defeito na prestação do serviço por parte do hotel, pois falhou em ofertar a segurança esperada na utilização da piscina. Para tanto, apontou a Corte a inexistência de qualquer informação sobre a profundidade da piscina, nem tampouco qualquer espécie de fiscalização de seu uso fora do horário permitido.

Quanto à responsabilidade civil do hotel, não há reparo a ser feito, pois os danos sofridos, de fato, podem ser remetidos à esfera de riscos criada pela prestação da atividade econômica, que envolvia a disponibilização da piscina, independentemente da discussão sobre se o estabelecimento adotou, ou não, as medidas de cuidado exigíveis. Entretanto, não se pode ignorar a contribuição causal da própria vítima, que ampliou o risco de dano ao livremente optar por consumir bebidas alcoólicas em excesso – em homenagem à teoria da *actio libera in causa* –, justificando a redução da indenização efetuada, no caso concreto, pela Corte.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça condenou solidariamente a operadora de turismo, ao entender que a sociedade empresária atua como “garantidora do bom êxito da sua programação, inclusive no que diz com a incolumidade física dos seus contratantes”.⁴⁹³

Aqui, a decisão merece crítica.

Na realidade, os riscos criados pela participação da operadora de turismo na cadeia de consumo do serviço turístico dialogam com questões outras, a exemplo da adequação do hotel ao perfil escolhido pelo cliente, da disponibilidade do quarto no tempo contratado e da oferta das amenidades e serviços incluídos na contratação. O defeito na prestação de serviço que não seja estrutural, mas sim pontual e

⁴⁹² REsp 287.849/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 165.

⁴⁹³ Ao aderir ao voto vencedor do julgamento, o Ministro Aldir Passarinho Júnior ponderou que outra seria a solução caso se tratasse de pequena agência de turismo, ou ainda caso a operadora se limitasse a intermediar a compra de uma passagem ou a reserva de um hotel. Mencionados critérios, todavia, em nada distinguem, ontologicamente, a relação jurídica que envolve consumidor, hotel e operadora de turismo, demonstrando o risco de eleição de critérios arbitrários de solução da demanda.

extraordinário, não faz parte da esfera de riscos imputável à operadora, pois o fator de imputação objetivo sobre ela incidente não tem por finalidade transformar a operadora de turismo em seguradora, respondendo por danos sofridos no contexto da prestação dos serviços de hotelaria, independentemente do modo como se apresentem.⁴⁹⁴

Pensar de forma contrária levaria a imputar à operadora de turismo danos relacionados apenas à atuação do hotel. Por exemplo, caso um funcionário derrubasse um prato de sopa quente sobre o hóspede, lesionando sua integridade física, o raciocínio esposado pela Corte levaria igualmente à condenação da operadora de turismo, o que não é admissível. A gravidade da lesão sofrida e a intensidade do defeito na prestação dos serviços pelo hotel, por outro lado, não são critérios aptos a estender a zona de imputação da operadora.

Exemplificado o processo de identificação da esfera de riscos ligada à atividade, cabe então reiterar que o comportamento deve aumentar ou criar o perigo que se manifesta no dano, o que não ocorre quando a conduta do potencial responsável apenas fornece o contexto, determinando o tempo e o lugar de ocorrência de um perigo ao qual todos estão submetidos, como um risco geral da vida.

As ações que veiculam pretensões de indenização por danos morais decorrentes do assédio sexual sofrido no interior do metro ou do comboio bem ilustram a discussão, cuja quantidade infelizmente cresce na realidade prática do Poder Judiciário brasileiro.

É certo, quanto ao ponto, que a atividade de transporte reclama, no Brasil, a incidência de uma hipótese de responsabilidade civil pelo risco, seja em função dos artigos 734 e 735 do Código Civil brasileiro⁴⁹⁵ – os quais veiculam a chamada cláusula de incolumidade física do passageiro –, seja em decorrência da aplicação da norma consumerista, anteriormente citada. Em decorrência da mencionada previsão legal, o transportador tem o dever de conduzir o passageiro a salvo até o seu destino, respondendo por eventuais danos sofridos, mesmo que provocados “por culpa de terceiro” (art. 735).

⁴⁹⁴ A questão foi bem percebida pelo voto vencido, lavrado pelo Ministro César Asfor Rocha.

⁴⁹⁵ “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”. “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

A dúvida, entretanto, reside exatamente na incidência de nexo de causalidade entre o dano experimentado e os riscos tutelados pela regra de atribuição objetiva do dever de indenizar.

Ao apreciar o tema relativo ao assédio sexual no comboio, bem pontuou o Superior Tribunal de Justiça que, “ainda que responda objetivamente, é indispensável, para efeito de imputação ao transportador de um dano sofrido pelo passageiro, a demonstração do nexo de causalidade, que é rompido quando verificada uma causa estranha ao contrato de transporte e aos riscos inerentes à respectiva atividade econômica”.⁴⁹⁶

Avaliar se os riscos são, ou não, inerentes à atividade econômica envolve exatamente o cotejo entre o dano verificado concretamente e o âmbito de tutela da regra de responsabilização objetiva, servindo o juízo normativo de causação para fundamentar, ou não, a obrigação de indenizar.

No julgado acima, reforçou a Corte que a incidência de uma hipótese de exclusão do nexo de causalidade por fato exclusivo de terceiro depende, necessariamente, da verificação da existência, ou não, de conexidade com a atividade de transporte. Caso os danos praticados por terceiros estejam dentro dos riscos inerentes ao transporte, sendo com esses conexos, há responsabilidade.

Até aqui o raciocínio do Tribunal se apresenta irreprochável, veiculando – embora sem expressa adesão – a lógica da teoria da imputação objetiva e o papel do nexo de causalidade na construção do dever de indenizar, promovendo o desenho do âmbito de responsabilidade.

Todavia, nessa oportunidade, a Ministra Relatora, Nancy Andrigui, avançou para afirmar que, diante da notícia de ampliação dos casos de assédio sexual registrados pelo Poder Público, cuja ocorrência seria facilitada pela “grande aglomeração de pessoas em um mesmo espaço físico, aliados à baixa qualidade do serviço prestado, incluído a pouca quantidade de vagões ou ônibus postos à disposição do público, a prestação do serviço de transporte de passageiros vem propiciando a ocorrência de eventos de assédio sexual”.

Portanto, entendeu a relatora que o dano moral sofrido guarda conexidade com o desenvolvimento da atividade abarcada pela regra de responsabilidade objetiva, sendo a lesão à integridade física e psicológica da vítima violação à cláusula

⁴⁹⁶ REsp 1747637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019.

de incolumidade, apta a sustentar a condenação da transportadora, admitida no caso concreto.

Não se pode, todavia, concordar com a conclusão.

Na realidade, o âmbito de riscos atribuído à sociedade empresária responsável pela exploração da atividade de transporte está atrelado à incolumidade física do passageiro em relação aos danos que surjam de um determinado modo, qual seja aqueles relacionados ao transporte em si, ainda que extraordinários, inevitáveis ou provocados por terceiros.

Como bem colocado no voto vencido, “o descarrilamento da composição por problemas mecânicos inusitados e a parada repentina do veículo por mal súbito sofrido por seu condutor” bem ilustram o espaço de responsabilidade da concessionária, independentemente de discussão sobre a presença de culpa de sua parte. Espelhando a mesma lógica – eis que as mesmas normas jurídicas incidem, no Brasil, sobre o transporte em autocarros –, também não afasta a responsabilidade os danos decorrentes do tombamento do autocarro, mesmo que provocados por outro motorista (terceiro), pois o risco de acidentes de viação é inerente à atividade.⁴⁹⁷

Deveras, a despeito da inegável reprovação que a prática de assédio sexual merece, fato é que a atividade de transporte apenas fornece a ocasião – o tempo e o local – para a prática do ato doloso de terceiro, representando, no que toca à relação entre passageiro e transportador, um risco geral da vida, cuja reparação deve ser buscada em face do assediador.⁴⁹⁸

O entendimento acima comentado incide na falha – compartilhada por parte da doutrina⁴⁹⁹ – de confundir os limites entre a imputação pelo risco e a previsibilidade de danos que governa a edificação do dever de cuidado na responsabilidade civil subjetiva. Nem todo dano cuja ocorrência seja previsível, no contexto da exploração de uma atividade abrangida pela responsabilidade objetiva, insere-se automaticamente na esfera de riscos.

⁴⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça brasileiro: AgInt no REsp 1.632.269/DF, 3ª Turma, DJe de 22/06/2017.

⁴⁹⁸ É esse, inclusive, o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do REsp 1748295/SP (Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 13/02/2019), do AgInt no REsp 1738398/SP (Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 18/02/2020) e do AgInt no REsp 1748194/SP (Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 18/02/2020).

⁴⁹⁹ XAVIER, José Tadeu Neves. *A problemática do fortuito interno e externo no âmbito da responsabilidade consumerista*. Revista do Direito do Consumidor, vol. 115, Jan-Fev, 2018, p. 213.

Pensar de forma contrária equivaleria a reconhecer igualmente o dever de indenizar a outras atividades econômicas que, também atreladas à regra de responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, envolvam necessariamente a aglomeração de grande número de pessoas. Por conseguinte, uma discoteca responderia pelo assédio sexual praticado por um cliente no interior do estabelecimento, pois de igual modo trata-se de um ambiente de maior incidência de casos da espécie, diante da proximidade entre as pessoas e da baixa iluminação.

Portanto, a maior ou menor incidência de casos da espécie não altera o juízo normativo de causação, pois a quantidade de casos não é capaz de tornar o assédio sexual um risco inerente à atividade de transporte.

Isso não significa, entretanto, que a quantidade de casos seja um fator indiferente à responsabilidade civil.

Pelo contrário, a multiplicação de situações da espécie impõe à concessionária certos deveres de cuidado – a exemplo de medidas já adotadas, como a disponibilização de vagões exclusivos para mulheres e a presença de prepostos voltados a coibir e reprimir condutas ilícitas –, cujo descumprimento pode conduzir à responsabilização civil subjetiva, a partir do contexto específico.

Aqui, é de se observar que a incidência de uma regra de responsabilização objetiva não afasta a concomitante aplicação, como cláusula de reserva, da regra geral do *neminem laedere*, sendo possível ao lesado demonstrar a ocorrência de um ato ilícito e culposos por parte da transportadora – por exemplo, ao se omitir em retirar do vagão um indivíduo cujo comportamento ameaçador e suspeito tenha sido comunicado –, embora não seja possível fundamentar a responsabilização objetiva no caso.

Dessa forma, o ordenamento jurídico oferece o incentivo necessário à adoção de medidas de cautela por parte do transportador, sem, contudo, incluir lesões alheias no interior dos riscos ordinários, em relação aos quais a concessionária responde, haja, ou não, preterição dos deveres de cuidado.

Prosseguindo, no Brasil, o exame da relação entre dano e riscos no bojo do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva costuma ser abordado não pelo enfrentamento direto do tema – ou seja, pela definição da perspectiva correta da causalidade –, mas sim pela qualificação do comportamento do terceiro como fortuito interno ou externo à atividade.

Ao invés de construir uma nova causalidade normativa, a doutrina vem adicionando o elemento normativo à causalidade por via reflexa.⁵⁰⁰

A incidência do caso fortuito como excludente de responsabilidade civil, inclusive aquela de cariz objetivo, é longamente aceito. Entretanto, quando aplicados na seara da imputação pelo risco, os atributos de inevitabilidade e necessidade muitas vezes levariam à negação da obrigação de indenizar em hipóteses de riscos inerentes ao exercício da atividade. Daí a distinção construída, entre fortuito interno e externo, sendo apenas o último capaz de romper o nexo de causalidade.⁵⁰¹

O fortuito interno é assim compreendido como o fato, ainda que praticado por terceiro, associado “à atividade típica, profissional, do fornecedor”⁵⁰² de tal forma que sua ocorrência não é capaz de romper o nexo de causalidade. Por sua vez, o fortuito externo é considerado um fato alheio ou extrínseco à atividade abrangida pela regra de responsabilização objetiva.⁵⁰³

Em ambos os casos, é fácil perceber que a qualificação de interno ou externo é normativa, embora integrante de um juízo sobre a causalidade ainda confessadamente empírico.

Nesse contexto, embora a distinção acima auxilie o jurista a inserir, no exame da causalidade, um juízo de valor valorativo, consistente no exame do pertencimento, ou não, do dano à esfera de riscos, fato é que o faz de forma parcial e tecnicamente incoerente. A investigação, na realidade, continua a implicitamente se valer de um critério naturalístico para fixar o vínculo etiológico – contrafactual ou de regularidade – para somente depois, ao perceber a interferência de um fator externo ao comportamento do potencialmente responsável, aplicar o raciocínio normativo na aferição da relevância do comportamento.

Surge, assim, uma quimera jurídica, cuja evidência surge nos casos em que o fato de terceiro ou da própria vítima é considerado fortuito interno à atividade, portanto imputável ao agente que a conduz.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 214.

⁵⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade objetiva dos bancos por danos aos consumidores causados por fraude ou crime de terceiros, risco do empreendimento, conexão da atividade do fornecedor e fortuito interno - Comentários ao Resp 1.197.929/PR*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, Jan – Mar, 2012, p. 424.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 425.

⁵⁰³ TEIXEIRA, Tarcísio; FERREIRA, Leandro Taques. *As excludentes de responsabilidade além do CDC - o fortuito interno e externo*. Revista de Direito Empresarial, vol. 7, Jan - Fev, 2015, p. 32.

Ora, ao sustentar a responsabilidade sob o fundamento de que o fortuito é interno, ao invés de apreciar a incidência, ou não, de uma excludente de causalidade, o jurista está, sem perceber, utilizando o critério normativo para fundamentar a própria causalidade, não mais amparada em um juízo factual, mas sim abertamente normativo.

Em outras palavras, ao afirmar que existe um fortuito interno, ao invés de simplesmente negar a incidência de uma hipótese de exclusão do dever de indenizar, o jurista vale-se da fórmula para reconhecer um dever oriundo de um comportamento que, do ponto de vista naturalístico, deveria ser remetido a outrem, vítima ou terceiro. Assim, fortuito interno e externo nada mais são do que critérios normativos.

De forma ilustrativa, quando os Tribunais reconhecem que a fraude bancária consubstanciada na clonagem de um cartão de crédito representa um fortuito interno, e não um fato exclusivo de terceiro⁵⁰⁴, estão na realidade a reconhecer que o âmbito de riscos imputável objetivamente à instituição financeira engloba danos em potencial atrelados diretamente à sua atividade, independentemente de quem os pratique. Não há, aqui, sentido lógico e prático em discutir se, excluída a atividade bancária, o dano não teria acontecido – teoria da necessariedade –, nem tampouco questionar se a atividade bancária é apta a causar danos da espécie, de forma normal e esperada – teoria da adequação –, pelo simples fato de que o dano é naturalisticamente, empiricamente, provocado pela intervenção direta de um terceiro.

A imputação de responsabilidade somente ganha robustez racional quando se admite que a instituição financeira responde por danos dessa espécie como fruto de um juízo imputacional, valorativo, e não factual, que verdadeiramente constitui, para os fins do Direito, a melhor abordagem da questão causal.

Retornando à casuística, é a teoria do risco que legitima a correta distinção conferida pelas Cortes brasileiras aos casos de pedidos de indenização por danos materiais e morais em decorrência de furtos e roubos em estacionamentos de veículos.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando o evento lesivo ocorre no contexto da exploração econômica direta da atividade econômica de depósito – ou seja, em estacionamentos pagos – ou quando o estacionamento for explorado de forma indireta por grandes *shopping centers* ou redes de hipermercados,

⁵⁰⁴ REsp 605.284/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 329.

há obrigação de indenizar, configurando o furto ou o roubo praticado por terceiro um fortuito interno. Ao contrário, quando o crime ocorre em estacionamento gratuito, localizado em área pública contígua ao estabelecimento comercial, cuja atratividade para o comércio é balanceada pelo livre acesso a não clientes, não há dever de reparar os danos, tratando-se de fato de terceiro.⁵⁰⁵

Ora, em ambas as situações, incidem os mesmos dispositivos legislativos, o que, dada a inexistência de fluidez dos critérios causais tradicionais, torna tormentosa a coerência da solução com as teorias jurídicas tidas por aplicáveis.

Todavia, revigorada a responsabilidade civil pela aceitação do critério normativo, é possível justificar a solução pela constatação de que são distintas as esferas de riscos construídas pelo desempenho das mencionadas atividades.

Escapando do escopo deste trabalho a responsabilidade contratual dos estacionamentos pagos, os *shoppings centers* e grandes supermercados são estabelecimentos voltados a criar no consumidor a expectativa de descolamento do estabelecimento em relação ao demais espaços. Uma espécie de bolha, isolada e protegida, na qual o cliente pode usufruir de bens e serviços de forma segura, valendo-se os empreendedores da sinergia decorrente da reunião de lojas e profissionais em um mesmo local.

O estacionamento oferecido nesse contexto, ainda que gratuito, faz parte da esfera de riscos edificada pelo empreendedor, envolvendo a incolumidade do patrimônio material e a integridade física do consumidor no conjunto de expectativas legítimas do lesado.

Por outro lado, o estacionamento externo e gratuito funciona como uma extensão da via pública, facilitando o acesso do consumidor sem criar neste a expectativa de desconexão com o espaço coletivo. Não há, aqui, qualquer relação com o porte do estabelecimento, até porque grande parte dos furtos e roubos analisados pela jurisprudência ocorrem adjacentes a lanchonetes de grandes redes de *fast-food*, cuja capacidade econômica é muito superior a qualquer *shopping center*.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ EREsp 1431606/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/03/2019, DJe 02/05/2019.

⁵⁰⁶ Vide o caso envolvendo a rede McDonald's: EREsp 1431606/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/03/2019, DJe 02/05/2019.

É a compreensão normativa do nexo de causalidade, portanto, que confere ao fator de atribuição objetivo o colorido capaz de distinguir ambas as situações.⁵⁰⁷

Da mesma forma, merece atenção o julgamento das ações de responsabilidade civil ajuizadas pelos pescadores em face das empresas adquirentes da carga transportada pelo navio tanque Vicuña, que explodiu em 15 de novembro 2004, no Porto de Paranaguá, no Brasil, despejando no corpo hídrico metanol e óleo, de forma a inviabilizar a atividade pesqueira na região por cerca de sessenta dias.

Nesse contexto, buscou-se a indenização diretamente das pessoas jurídicas adquirentes da carga transportada, sob o argumento de que – incidindo o fator de atribuição objetivo na seara dos danos ambientais, inclusive os danos por ricochete – as compradoras da carga responderiam pelos danos ocorridos no contexto do transporte do produto, o que seria o caso da poluição ambiental decorrente da explosão do navio.

Ao rejeitar a pretensão, afirmou o Superior Tribunal de Justiça a inexistência de nexo de causalidade entre a conduta de adquirir a carga transportada e o acidente que lesou os interesses juridicamente protegidos dos pescadores, solução com a qual aderimos.⁵⁰⁸

Todavia, novamente, ao rejeitar a presença do nexo de causalidade, permaneceu a Corte vinculada à inadequada perspectiva naturalística, incapaz de sustentar tecnicamente a solução esposada.

Ao abordar o tema da causação, o Ministro Luiz Felipe Salomão afirmou ser a teoria da causalidade adequada o instrumento apropriado de aferição do nexo de causalidade na seara civil, razão pela qual “só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida”.

⁵⁰⁷ De forma análoga, o Superior Tribunal de Justiça construiu a distinção entre a responsabilidade da instituição financeira por roubos praticados no interior de agências bancárias ou no estacionamento por ela mantido como forma de angaria clientes (respectivamente, REsp 1.093.617-PE e REsp 1.045.775/ES), mas rejeita a responsabilidade quando o roubo ocorre na via pública, logo na saída do estabelecimento bancário (REsp 1.284.962-MG), embora seja difícil afirmar que, sob a perspectiva da causalidade adequada – teoria dominante – o evento danoso é extraordinário do ponto de vista empírico. Na realidade, o assalto realizado fora das dependências do banco faz parte do risco geral da vida, alheio à esfera de responsabilidade do empreendedor.

⁵⁰⁸ REsp 1602106/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 22/11/2017.

Ora, sendo certo que a aquisição dos insumos é condição necessária do evento – pois sem a celebração do contrato de compra e venda não haveria o transporte marítimo do produto –, não se pode negar não ser indiferente ao transporte de cargas perigosas a ocorrência de acidentes. Pelo contrário, é exatamente por conta de a “experiência comum da vida” reconhecer a maior possibilidade de danos que a carga é considerada perigosa.

Portanto, sob o ponto de vista naturalístico que governa a causalidade adequada, a superveniência de acidentes da espécie não pode ser encarada como um fato extraordinário à aquisição do produto.

A solução pelo acolhimento da responsabilidade do adquirente, todavia, não seria correta.

Como defendido, cabe à função fundamentadora do nexo de causalidade a tarefa de promover a ligação normativa entre a esfera de riscos envolvidas no evento danoso. Nesse contexto, ainda que a aquisição do produto perigoso faça parte da cadeia causal que naturalisticamente envolve a compra do insumo, a esfera de riscos objetivamente imputável ao comportamento de quem explora uma determinada atividade não inclui terceiros a ele pontualmente vinculados por força obrigacional, sobre os quais o agente não possui controle.

Pensar de forma contrária levaria à responsabilidade de todos os adquirissem de um produto – seja ele transportado via marítima, terrestre ou aérea –, pelo singelo motivo de que a ocorrência de acidentes, em variadas formas – desde problemas com a carga até danos causados pelo próprio veículo, como um atropelamento –, é inerente à atividade de transporte, não podendo ser excluída pela perspectiva negativa da teoria da causalidade adequada.

Nessa toada, rejeita-se a posição de parte da doutrina brasileira, que incorretamente afirma a existência de hipóteses de responsabilidade civil sem nexo de causalidade – denominadas de responsabilidade civil objetiva agravada –, exatamente nos casos em que a obrigação de indenizar surge a partir de um fato praticado por terceiro ou pela vítima, mas dentro de riscos inerentes à atividade.⁵⁰⁹

Afirma-se, indevidamente, “que o Direito atribui a alguém o dever de indenizar por determinado fato. Ocorreria, assim, uma pura e simples imputação de

⁵⁰⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Edição Kindle, posição 9.153.

dever de indenizar pelo Direito, assumindo-se abertamente que entre o dano e a atuação do responsável pela indenização não há relação causal alguma”.⁵¹⁰

Na realidade, a assertiva apenas reflete a incompreensão sobre a adequada natureza do nexo de causalidade para o Direito, identificando incorretamente situações em que inexistente um nexo de causalidade naturalístico com a ausência do próprio nexo causal. O que existe nas hipóteses de responsabilidade objetiva por fatos ocorridos no contexto da atividade, embora não praticados pelo agente ou por seus prepostos, é a causação normativa, vínculo etiológico de moldura valorativa, e não falta de nexo de causalidade.

Confunde-se, assim, gênero com espécie, sendo certo que há causalidade, apenas não sob a perspectiva naturalística.

A adoção da teoria da imputação objetiva em sede de causalidade auxilia, ademais, a delinear com maior clareza a distinção entre a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva, evitando a intromissão de elementos de culpabilidade na discussão do risco.

Nas situações de responsabilização objetiva, que interessa ao presente trabalho, basta ao jurista identificar a incidência de uma regra dessa espécie, fixada pelo legislador em atenção a determinados comportamentos ou atividades e, com o auxílio do juízo de causação de natureza fundamentadora, verificar se o dano pode ser reconduzido à esfera de riscos do agente, em cotejo com as demais esferas de risco. Fixado o ponto, o fator de atribuição objetivo atua como o cânone do julgamento, afastando dos litigantes e do magistrado qualquer discussão relacionada à observância ou à preterição dos cuidados exigíveis.

Um caso concreto demonstra bem a distinção: em ação de investigação de paternidade cumulada com prestação de alimentos ao menor, o magistrado determinou, liminarmente, o pagamento de alimentos provisórios, ao tempo em que ordenou a realização de exame de DNA. Realizado o exame, o laboratório comunicou ao magistrado o resultado negativo, razão pela qual o juiz prontamente determinou a sustação dos alimentos provisionais. Poucos dias depois, na mesma data em que o empregador do suposto pai recebeu a ordem de sustação dos descontos, o laboratório

⁵¹⁰ DAVID, Tiago Bitencourt de. *Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de) limitações da responsabilidade objetiva*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 17/2018, Out – Dez, 2018, p. 88.

espontaneamente veio aos autos informando a possibilidade de erro no resultado, informação que motivou o magistrado a restabelecer os alimentos e comandar novo exame, cujo resultado, agora, foi positivo, afirmando a paternidade. Repetido o exame em outro laboratório, novamente o resultado foi positivo.⁵¹¹

Encerrada a discussão sobre a paternidade, a genitora do menor – então mera representante do postulante dos alimentos – ajuizou nova ação, desta feita de responsabilização civil contra o laboratório, requerendo a compensação dos danos morais sofridos em função do resultado incorreto do primeiro exame.

A pretensão foi inicialmente rejeitada, em primeiro e segundo grau, com fundamento na ausência de conduta negligente do laboratório, evidenciada pela pronta comunicação ao juízo da possibilidade de equívoco no resultado, equívoco este que veio a se confirmar.

Todavia, ao apreciar o caso, o Superior Tribunal de Justiça corrigiu os rumos até então adotados pelas instâncias inferiores.

Reconhecendo primeiramente que a atuação do laboratório representa fornecimento de serviços ao mercado, conduziu a atividade ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, cujas regras impõem a aplicação do regime objetivo de responsabilização civil. Por outro lado, embora não admitindo estar a construir os contornos do nexo causal fundamentador, ponderou que a expectativa legítima dos consumidores de tal espécie de serviços repousa exatamente na correção dos resultados dos exames.

De fato, embora seja sabido que qualquer exame laboratorial possui alguma margem de erro, ainda que aceitável do ponto de vista probabilístico, os danos que resultem da entrega de resultados incorretos fazem parte do risco inerente ao desenvolvimento da atividade econômica desenvolvida, abarcada pelo fator de responsabilidade objetivo. Em decorrência, ao contrário do apontado pelas instâncias ordinárias, descabe discutir se o laboratório atuou, ou não, de forma negligente – durante o exame ou na comunicação com o juízo de família –, pois a existência de um comportamento ilícito e censurável é alheio à responsabilização objetiva.

Assim, ocorrido dano apto a ser reconduzido à esfera de riscos edificada pelo responsável, em juízo normativo, como ocorreu no caso em debate, haverá dever de indenizar.

⁵¹¹ REsp 1700827/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 08/11/2019.

A esfera de riscos imputável ao agente condutor da atividade albergada pelo fator de atribuição objetivo, ademais, não se limita aos danos decorrentes do comportamento humano, ao contrário do que ocorre com a responsabilidade civil subjetiva.

Pelo contrário, desde que possam ser reconduzidos à esfera de riscos relacionada à atividade, mesmo os fatos da natureza podem surgir como a fonte material do dever de indenizar, afastando-se de seu tradicional papel de causa excludente da responsabilidade.

Como exemplo concreto, em 16 de fevereiro de 2001, um poliduto da empresa brasileira Petrobrás – sociedade de economia mista voltada à exploração e à distribuição de petróleo e gás natural – rompeu-se, despejando combustível na baía de Antonina, no estado brasileiro do Paraná. Em decorrência de fortes chuvas, a barreira de proteção que cercava o poliduto desfez-se, despejando nas águas da baía uma grande quantidade de litros de óleo, inviabilizando a pesca no local por seis meses.⁵¹²

Alegou a responsável pela exploração da atividade a ocorrência de força maior, apontando os fatos naturais como eventos capazes de interceder decisivamente na formação do evento danoso, rompendo o nexo de causalidade entre o dano e o exercício da atividade.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, porém, reconheceu a existência de responsabilidade civil, afirmando a incidência da responsabilidade objetiva na versão da teoria do risco integral, de forma a inviabilizar a invocação de qualquer excludente de responsabilidade.⁵¹³

Todavia, à semelhança do quanto acima colocado em relação ao fortuito interno, ao simplesmente afirmar a impossibilidade de invocação de uma excludente do nexo causal, ignora a Corte a necessidade de construir o liame entre a atividade explorada pela ré e o dano efetivamente experimentado. Em outras palavras, ainda que seja negada à empresa a possibilidade de apontar a intervenção decisiva de um

⁵¹² REsp 1346430/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012.

⁵¹³ Sobre a responsabilidade civil ambiental, fixou o Tribunal a impossibilidade de alegação de excludentes de responsabilidade civil, da seguinte forma: “A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 – TEMA 681 e 707)”.

evento natural, permanece em aberto o motivo pelo qual a petroleira deve responder por um evento provocado, sob o ponto de vista estreito da visão naturalística, pelo fator natural.

Na realidade, mais do que afirmar que a Petrobrás não poderia invocar o fato da natureza como excludente de responsabilidade, há de se reconhecer que, quando servirem de ensejo para a produção dos riscos típicos da atividade, os fatos da natureza estão inseridos no plexo de potenciais fontes do dever de indenizar objetivo. Da mesma forma, se um raio atingisse uma instalação da petroleira, iniciando o fogo que acarretasse uma grande explosão, os danos daí decorrentes não poderiam ser alijados de sua esfera de riscos, sob o singelo argumento de se tratar de um fato natural.

Portanto, a responsabilidade civil objetiva não está limitada ao comportamento humano, abrangendo também os fatos naturais relacionados aos riscos da atividade.

Outro exemplo prático reside na descoberta de que milhões de equipamentos de *air bag*⁵¹⁴, fabricados pela empresa Takata e distribuídos para diversas montadoras de veículos, apresentavam risco de explosão – mesmo na ausência de impacto do veículo – quando submetidos à exposição de longo prazo ao calor e à umidade.⁵¹⁵

Calor e umidade, embora fatores naturais, e não comportamentos humanos, são elementos desencadeadores dos riscos típicos da atividade empresarial da fabricante de *air bag*, na medida em que a possibilidade de explosão do equipamento sem qualquer colisão ou impacto ofende a legítima expectativa de segurança que os consumidores podem depositar sobre o produto.

Encerrada a exposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade, cabem proferir breves observações sobre a função preenchedora da causalidade, apenas como forma de lembrar a amplitude das funções da causalidade. Breves considerações, pois a finalidade do presente estudo não reside na definição da extensão da obrigação de indenizar (*quantum debeatur*), mas sim na

⁵¹⁴ Apenas no Brasil, cerca de 3,5 milhões de veículos possuíam, antes do amplo *recall*, *air bags* produzidos pela Takata (<https://www.uol.com.br/carros/listas/as-15-marcas-de-carro-envolvidas-no-recall-dos-airbags-da-takata-no-brasil.htm>).

⁵¹⁵ Nos EUA, conforme o órgão federal de trânsito, 63 milhões de *air bags* foram objeto do *recall* (<https://www.nhtsa.gov/equipment/takata-recall-spotlight>).

construção de critérios aptos a conduzir o jurista à identificação da existência da obrigação de indenizar na responsabilidade pelo risco (*an debeatur*).

Resolvida positivamente a questão da causalidade fundamentadora, o responsável – agora já merecedor de tal qualificação – será obrigado a indenizar o lesado pelos prejuízos sofridos, os quais decorrem do reflexo, no campo patrimonial ou extrapatrimonial, da violação aos bens juridicamente tutelados.

Todavia, os Códigos Civis brasileiro e português não definem claramente qual critério preside tal definição. Enquanto o primeiro limita-se a afirmar que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944), o segundo avança para prescrever: “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão” (art. 563º).

Nesse contexto, há de ser apreciado o vínculo entre a lesão do direito ou do interesse e os danos que posteriormente surjam, sendo o papel da causalidade preenchedora delimitar, em juízo igualmente normativo, quais prejuízos podem ser devolvidos à lesão ao direito ou ao interesse juridicamente protegido.

Em outras palavras, nem toda repercussão negativa naturalisticamente relacionada à dinâmica firmada, pela causalidade fundamentadora, entre a atividade e a lesão ao direito ou ao interesse merece reparação. É necessário conferir se o prejuízo pode ser legitimamente considerado como abarcado pela lesão ao direito, sendo parte da utilidade legitimamente extraível do bem juridicamente protegido.

Como exemplo, a doutrina portuguesa de Mafalda Miranda Barbosa aponta o seguinte caso concreto, ocorrido na Alemanha: “A, prostituta, é lesada por B num acidente. Em virtude da lesão, deixa de poder trabalhar durante trinta dias. Num dia normal de trabalho, A tinha cerca de 15/20 clientes, pelo que se verifica uma perda de rendimentos fruto da incapacidade temporária”, cuja reparação pleiteou do responsável pelo acidente.⁵¹⁶

Embora seja certo que a impossibilidade do exercício laboral – e as perdas patrimoniais dela decorrente – são danos inseridos na esfera de riscos atrelada à circulação de veículos – portanto, existindo causalidade fundamentadora –, o Tribunal

⁵¹⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Haftungsbegründende kausalität e Haftungsausfüllende kausalität/Causalidade fundamentadora e causalidade Preenchedora da responsabilidade*. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto. Vol. 2, n. 10, 2017, p. 21.

alemão considerou que o direito violado não abarca o emprego das potencialidades laborais em atividades ilícitas, pois violadoras dos bons costumes (§ 252 BGB).

Promoveu a Corte, portanto, um juízo de pertencimento entre o prejuízo concreto – naturalisticamente decorrente do acidente – e o conteúdo normativo legítimo do direito violado, âmago do problema resolvido pela causalidade preenchedora da responsabilidade.⁵¹⁷

Conduzindo o raciocínio da causalidade preenchedora à experiência jurisprudencial brasileira, torna-se controvertido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça relacionados às ações de reparação por danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastros restritivos de crédito.

Sobre o tema, como exceção ao entendimento pacífico no sentido de que a inscrição incorreta em cadastro restritivo gera dano moral indenizável – por violar a honra objetiva, atributo integrante do plexo de direitos de personalidade⁵¹⁸ –, a Corte entende que, se o registrado já possui anterior anotação negativa no mesmo cadastro, a nova restrição, mesmo que indevida, não merece reparação.

O entendimento, consolidado em súmula de jurisprudência⁵¹⁹, encontra raízes na seguinte afirmação: “quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito”.⁵²⁰

Discordando da fundamentação do julgado, há de se fazer uma distinção.

Os direitos de personalidade, enquanto veículos de realização do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana, são irrenunciáveis, persistindo mesmo diante da prática de comportamentos anteriores. Portanto, partindo da premissa de que a existência de dívida anteriormente registrada não retira do devedor o atributo

⁵¹⁷ Atente-se que o tema da reparabilidade dos lucros cessantes relacionados à exploração do próprio corpo é controverso. Nesse sentido, afirma Regis Fichtner: “A reparabilidade dos lucros cessantes da prostituta é admitida também pela Suprema Corte austríaca, no direito holandês e no direito grego. Ela é negada, porém, pelo fato de a prostituição violar a ordem pública, no direito belga, no direito inglês, no direito francês, no direito italiano e no direito americano” (FICHTNER, Regis. *Notas sobre os lucros cessantes no Direito brasileiro e estrangeiro*. Revista brasileira de advocacia, vol. 1, Abr - Jun, 2016, p. 42).

⁵¹⁸ AgInt no REsp 1828271/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 12/03/2020)

⁵¹⁹ Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

⁵²⁰ REsp 1002985/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 27/08/2008.

da honra objetiva, a inscrição posterior indevida viola, à evidência, o direito apontado.⁵²¹

Entretanto, o direito lesionado possui um determinado conteúdo patrimonial, “traduzível numa nota de utilidade”⁵²², o qual varia a depender do comportamento do próprio sujeito. Assim, embora reste preservado seu direito à honra, a recondução do prejuízo à lesão apresenta graus de intensidade diferentes, a distinguir o consumidor historicamente adimplente do rotineiramente inadimplente.

A solução do Superior Tribunal de Justiça, ao ignorar a existência de um direito violado, deixa de calibrar corretamente a extensão da indenização, a depender das particularidades do caso concreto, as quais são aptas a permitir toda uma plêiade de soluções, desde a rejeição completa do dever de reparar – a exemplo da preexistência de grande dívida, por si só capaz de retirar a expectativa de utilidade potencialmente retirável do direito lesionado –, a reparação integral do dano – quando o devedor demonstrar que a anotação anterior não era obstáculo à celebração de um determinado negócio jurídico, o qual foi inviabilizado apenas pela restrição posterior indevida⁵²³ – ou a distribuição proporcional do prejuízo.

Essencial, portanto, a compreensão normativa da causalidade, seja em sua vertente fundamentadora – baseada na teoria da imputação objetiva, ou teoria do risco –, seja em sua acepção preenchedora da obrigação de indenizar.

Conforme afirmado pelo professor Rui Ataíde, “o tratamento da temática causal sofreu uma evolução fundamental, centrada, primeiro, na superação dos métodos naturalísticos por via da correção dos respectivos resultados e, depois, medida a sua substituição, no essencial, por concepções normativas de imputação. O centro de gravidade deslocou-se da esfera ontológica para a normativa (...), subalternizando os anteriores pontos de vista de pendor naturalístico, concentrados na determinação de uma relação entre causas e efeitos”.⁵²⁴

⁵²¹ MIRAGEM, Bruno. *Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral comentários à súmula 385 do STJ*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, Jan - Mar, 2012, p. 325.

⁵²² BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018, p. 71.

⁵²³ Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o dever de indenizar decorrente do cadastro indevido, mesmo pendentes anteriores anotações restritivas, tendo em vista que as anotações anteriores haviam sido rechaçadas em demanda judicial ainda pendente de trânsito em julgado (REsp 1.704.002-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 11/02/2020, DJe 13/02/2020).

⁵²⁴ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 761.

A construção normativa fundamentadora, em arremate, supera com facilidade as controvérsias que vulneram as teorias naturalísticas, especialmente as hipóteses de sobredeterminação causal.

Como não pretende reconstruir o liame etiológico sob a perspectiva empírica, mas sim examinar a correlação entre o dano verificado e a esfera de riscos, as hipóteses de causalidade complementar em excesso – quando o comportamento não é suficiente, por si só, para causar o resultado, mas se torna apto a provocar o resultado pela conjunção de outros comportamentos, em excesso – e de causalidade cumulativa – mais de um comportamento, cada qual individualmente apto a causar o resultado – são resolvidas pelo reconhecimento de que individualmente ampliaram o risco de lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado, risco esse que se converteu concretamente em dano. Não importa, aqui, discutir o que teria, ou não, acontecido sem o evento investigado.

Por outro lado, nas discussões relativas à causa virtual, o surgimento da causa real é suficiente para sustentar o raciocínio de que o risco foi criado ou ampliado em concreto, materializando-se no resultado lesivo e justificando a obrigação de indenizar. Com isso, torna-se desnecessário perquirir o destino do evento caso a causa virtual tivesse igualmente se manifestado, razão pela qual se afasta a relevância negativa da causa virtual.

Por fim, no campo da responsabilidade subjetiva, a exceção do comportamento lícito alternativo – consubstanciada na demonstração de que o resultado ocorreria mesmo se houvesse sido respeitado o dever de conduta – também encontra guarida no seio da teoria da imputação objetiva. Isso porque, se o descumprimento do dever de conduta apresenta-se como um elemento irrelevante para a produção do resultado, o dano não mais pode ser reconduzido ao risco que justificava o comportamento, afastando o dever de indenizar.⁵²⁵

Ademais, a teoria do risco amolda-se com maior precisão às necessidades práticas da danosidade moderna – ampla e diluída –, na medida em que impõe ao lesado apenas o ônus processual de demonstrar a ocorrência concreta do dano. Não há, entretanto, necessidade de comprovação do nexu etiológico fático, pois o juízo de

⁵²⁵ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 228.

pertencimento entre dano comprovado e risco construído é normativo⁵²⁶, afastando-se da exigência de certeza causal empírica, incompatível com a atual situação do Direito de Danos.

Em simbólica síntese, aponta Mafalda Miranda Barbosa: “a linearidade comunicada pelo espírito causalista ainda presente: ao efeito dano/lesão pretende ligar-se, segundo uma linha de continuidade, a causa comportamento do sujeito. Outra é a visão a que somos conduzidos pelo modelo que erigimos em guia de orientação do discurso do decidente. Não se busca a linha, mas o círculo”.⁵²⁷

A causalidade fundada na teoria da normativa da imputação objetiva, portanto, funciona como o instrumento adequado para a responsabilidade civil alcançar seus preciosos fins, conduzindo os juristas a um parâmetro comum de aferição da obrigação de indenizar, permitindo, sem prejuízo do projeto de ampliação da tutela das vítimas de danos injustos, a desejada previsibilidade argumentativa, corolário do postulado fundamental da segurança jurídica.

⁵²⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017, p. 189.

⁵²⁷ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*. 1.ed. Cascais: Principia, 2014, p. 76.

CONCLUSÃO

Para finalizar o presente trabalho, cabe sumarizar a linha condutora da presente investigação, com a pretensão de demonstrar, pela aproximação de ideias, a coerência que se espera haver construído entre o fator de atribuição objetivo e a aplicação de um nexo de causalidade normativo.

De início, observa-se que a hegemonia do elemento culpa como o fundamento central do dever de indenizar possui enquadramento em um contexto histórico, socioeconômico e cultural específico, há muito não mais existente.

A partir de tal constatação, a análise da evolução histórica da imputação pelo risco reflete o constante esforço do sistema jurídico para construir soluções adequadas aos novos problemas, soluções estas que sejam, a um só tempo, eficazes do ponto de vista social e legítimas do ponto de vista axiológico. Ademais, observar o surgimento e a expansão da responsabilidade objetiva é também verificar a alteração do paradigma cultural da sociedade, cada vez mais ciosa da promessa do Estado de Bem-Estar Social de garantia de uma vida digna.

A imputação subjetiva, fortemente marcada pela ideia de reprovação e de censura – decorrência de sua umbilical relação com a moralidade cristã –, representou um relevante instrumento de resolução de conflitos relacionados a acidentes. Nas sociedades do século XVIII e início do século XIX, ainda marcadamente rurais e de modo de produção artesanal, os danos pontuais e bilaterais então verificados tinham na noção de culpa a ferramenta dogmática adequada para o seu acerto.

A superveniência da sociedade industrial, com a profunda alteração das condições socioeconômicas dela decorrente, veio logo a romper a harmonia entre a previsão jurídica e a realidade social.

Tal circunstância fomentou um intenso processo de reconstrução do paradigma da culpa, desde a culpa subjetiva até a culpa normativa, passando pela aceitação de modelos diversos de presunção de culpa, cujo afastamento se apresentava cada vez mais difícil para o potencial ofensor.

Diante do panorama acima, uma nova modalidade de responsabilidade surgia, a reboque do desenvolvimento das ferrovias. O paradigma da culpa cedia espaço à ideia de que o controle de perigos especiais, anormais, justificava o dever de indenizar independentemente do ilícito culposos, especialmente quando presente a apropriação dos lucros pelo gestor da atividade.

Aberta a fresta, a imputação pelo risco espalhou-se por diversos outros campos, refletindo uma alteração da consciência social, cada vez menos tolerante com a ideia de que o acidente deve ser visto como um infortúnio, um prejuízo sem a correspondente reparação. A expressão imputação pelo risco, assim, perde parte de seu significado, na medida em que atividades que não geram riscos especiais – vide a responsabilidade do fornecedor de serviços não perigosos no mercado de consumo – passam a ser reguladas pela lógica objetiva.

Outros fundamentos – que não o risco – ganham espaço, como a garantia, a equidade, a distribuição de prejuízos por meio do seguro e a redução dos custos do sistema de Justiça, dentre outros, todos amparados, em maior ou menor grau, na prevalência de um paradigma de solidariedade, e não mais de individualismo.

É nesse contexto que se afirma a necessidade de conceber a responsabilização objetiva como uma modalidade independente dentro do gênero da responsabilidade civil aquiliana, não mais explicada e compreendida em comparação com a responsabilidade subjetiva, mas sim vista em si mesma, com sua própria dinâmica e requisitos.

É insuficiente definir a responsabilidade objetiva simplesmente como uma responsabilidade civil em que a aferição do ilícito culposos não tem lugar, abrindo espaço para a incompreensão que legitima uma série de decisões judiciais calcadas na incorreta lógica de que, incidindo o fator de atribuição objetivo, todos os danos a bens juridicamente tutelados que dele naturalisticamente decorrerem serão indenizados.⁵²⁸

Ao contrário, há de ser destacado que cada hipótese de incidência do fator objetivo de responsabilidade civil impõe desafios específicos.

A definição dos limites da cláusula aberta de responsabilização pelo risco no Brasil – prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil – e os contornos de cada uma das hipóteses previstas expressamente pela lei – a exemplo da qualificação

⁵²⁸ Como exemplo da orientação ora criticada, a seguinte construção: “A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável” (PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 325).

da figura de consumidor e de fornecedor – são etapas prévias, essenciais à aplicação do critério objetivo de responsabilização.

Superado o ponto, deverá o jurista examinar a existência de um dano concreto, que não se confunde com a simples perda patrimonial ou extrapatrimonial, mas sim dialoga com a existência de uma lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido.⁵²⁹

Reconhecidos os dois pontos, sobrevém a atuação do nexo de causalidade, elemento destinado não apenas a delimitar o conjunto de danos indenizáveis – estabelecendo o *quantum debeatur* –, mas especialmente a promover o liame entre o fundamento que sustenta a incidência do fator de atribuição objetivo e os danos efetivamente demonstrados – ou seja, o *quantum debeatur*.

O conteúdo da investigação sobre o nexo de causalidade, bem como sua duplicidade de funções, é objeto de longa e intensa controvérsia, em relação à qual subjaz o papel da causalidade enquanto instrumento de inserção do valor justiça na solução das questões de responsabilidade civil.⁵³⁰

Desde logo, firma-se posição no sentido de que a definição do critério que governa a identificação do nexo de causalidade deve necessariamente espelhar a pergunta que interessa ao Direito, enquanto conhecimento voltado à solução de problemas concretos, surgidos no âmago da interação social, e não à explicação geral da vida. Ao contrário do cientista, do físico ou do filósofo, o jurista trabalha com o prisma voltado à construção de critérios gerais, aptos a legitimar a decisão do caso concreto, de modo a garantir que essa decisão reúna a qualidade de dogmaticamente coerente e axiologicamente compatível com o ordenamento jurídico.

Para o jurista, o nexo de causalidade é, antes de tudo, um instrumento de imputação, de recondução de certos resultados prejudiciais a um determinado sujeito, a partir de um conjunto de opções político-legislativas. A causalidade jurídica, portanto, é um instrumento de atribuição de responsabilidade, de fundamentação da responsabilidade.

⁵²⁹ MONTEIRO, Jorge Pessoa Sinde. *Rudimentos da responsabilidade civil*, In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, 2005, p. 377.

⁵³⁰ “Decisivo parece ser que o sentido jurídico que possa ser atribuído ao nexo de causal depende do carácter interessado da Ciência Jurídica enquanto promotora da protecção dos interesses humanos” (LEITÃO, Adelaide Teles de Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 633).

Destarte, sendo imputação, a causalidade – aqui já compreendida enquanto causação – não está limitada pela moldura das relações naturalísticas, cuja perspectiva acarreta obstáculos insuperáveis em relação a diversos temas caros à responsabilidade civil, a exemplo das omissões, dos danos decorrentes de fatos da natureza e das hipóteses de sobredeterminação causal.

A solução, ao contrário, surge na forma da adoção de uma perspectiva normativa para a causalidade, a qual – permitindo o influxo das constatações empíricas no contexto de comprovação do suporte fático de incidência da norma – constrói a causalidade a partir da edificação de uma esfera de riscos vinculada à atuação livre do sujeito, dentro da qual responde pelos resultados negativos.

A causação passa, pois, a ser aferida não a partir de algum critério naturalístico – seja a abordagem contrafactual, de regularidade, de probabilidade ou de suficiência –, mas sim pela teoria do risco, ou da imputação objetiva, cuja fórmula envolve a avaliação dos círculos de riscos que envolvem a atividade disciplinada pelo fator de atribuição objetivo, em cotejo com os riscos imputáveis a terceiros, à própria vítima e aqueles inerentes à vida em geral.

Denominar a teoria da causalidade de *imputação* objetiva bem evidencia seu papel de fundamentação da responsabilidade civil. Longe de simplesmente descrever o que naturalisticamente decorre do comportamento ou da atividade investigada, a função fundamentadora do nexo de causalidade surge como o expediente utilizado pelo operador do Direito para atribuir ao responsável todos os danos inseridos no círculo desenhado pelos riscos criados ou aumentados, mas apenas os danos albergados em tal esfera de riscos.

O nexo de causalidade, assim, atua como um instrumento de diálogo, a partir da constatação de que o simples reconhecimento da incidência do fator de atribuição objetivo não é suficiente para transformar o agente condutor da atividade em responsável, na medida em que tal qualificação apenas ganha sentido em atenção a uma determinada espécie de dano, experimentado de um determinado modo.

Nessa renovada perspectiva normativa, a atribuição do dever de indenizar nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva – cada vez mais numerosas e de relevância ímpar na realidade do fenômeno dos danos – apresenta-se em harmonia com os postulados fundamentais do instituto: prestigiar a liberdade de agir, mas assegurar a responsabilidade pelos prejuízos inseridos na esfera de riscos

intrinsecamente ligada à atividade, independentemente da investigação sobre a preterição dos deveres de cuidado.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Kenneth S. *Strict Liability in Negligence* (August 15, 2011). 61 DePaul Law Review 271 (2012). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1909864>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade*. Diálogos sobre Direito Civil. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 427 – 453, 2008.

_____. *A atribuição do dever de indenizar no Direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Curitiba: Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Dissertação de mestrado, 2006.

ALVES, Hugo Ramos. *Direito aéreo: uma introdução*. 1.ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital*. Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1, 2019, pp. 1476-1485.

ANZANI, Gaetano. *Causalità omissiva e causalità incerta alla luce della buona fede oggettiva*. In: Nuova giurisprudenza civile commentata, 2016, n. 6, II, pg. 941-950.

ARNT RAMOS, A. L. . *A Responsabilidade Civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade*. Revista Forum de Direito Civil, v. 10, p. 13-34, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra, Almedina, 2015.

_____. *Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil: sobreposição das concepções normativas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III, 2010, Coimbra Editora, p. 181-237.

_____. *O cuidado entre a ilicitude e a culpa*. Revista FIDES, v. 8, n. 2, 30 dez. 2017.

BANDEIRA, Paula Greco. *A evolução do conceito de culpa e o art. 944 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Civilistica.com., ano 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em:

<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2015/02/Bandeira-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Haftungsbegründende kausalität e Haftungsausfüllende kausalität/Causalidade fundamentadora e causalidade Preenchedora da responsabilidade*. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto. Vol. 2, n. 10, 2017, p. 14-36.

_____. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*. In: Novos olhares sobre a responsabilidade civil, p. 39-80. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2018.

_____. *Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações*. Revista de Direito Fides, v. 8, n. 2, Jul - Dez, 2017.

_____. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*. 1.ed. Cascais: Principia, 2014.

_____. *Causalidade mínima*. Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 1, 2019, pp. 85-110.

BARRA, Tiago Viana. *A responsabilidade civil administrativa do Estado*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.71 n.1 (Jan.-Mar. 2011), p.111-206.

BASTOS FILHO, Jenner Barretto. *Causalidade, (in)determinismo e (im)previsibilidade: por que o conceito de causa é tão importante?* Revista Brasileira de Ensino de Física. São Paulo, v. 30, n. 3, p. 3304.1-3304.12, Set. 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-11172008000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 de novembro de 2019.

BASUALTO, Héctor Hernández. *El problema de la causalidad general en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)*. Polít. crim. nº 1, A7, p. 1-33, 2006.

BENACCHIO, Marcelo. *Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil*. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (Org.). Responsabilidade Civil. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, v. 01, p. 209-236.

BENNUCI, Eduardo Bonasi. *La responsabilidad civil*. Tradução de Juan V. Fuentes e José Peré Raluy. Barcelona: Jose Ma. Bosch, 1958.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista dos Tribunais, vol. 854/2006, p. 11 – 37, Dez, 2006.

- BRUEGGEMEIER, Gert. *Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the US and Russia* (December 1, 2012). EUI Working Papers Law No. 2012/29. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2201536>. Acesso em 10 de julho de 2018.
- BUNGE, Mario. *La causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997.
- CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: analisis economico y juridico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel, 1984.
- CALLE, Maximiliano A. Aramburo. *Responsabilidad civil y riesgo em Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoria del riesgo em el siglo XXI*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 38, n.108, pp. 15 - 51, Jan – Jun, 2008.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Edição Kindle.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Coimbra: 1950, 180p. Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- COELHO, Vera Lúcia Paiva. *Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos “Teste de resistência” ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor*. Revista Electrónica de Direito, Jun. 2017, n.º 2.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Volume VIII. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva, no âmbito do Direito Penal*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.12, n.1, pp. 39 - 70, jul. 2017.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DAVID, Tiago Bitencourt de. *Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de) limitações da responsabilidade objetiva*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 17/2018, p. 87 - 104, Out – Dez, 2018.
- DAWSON, Neal; ARKES, Hal; SICILIANO, Carl; BLINKHORN, Richard; LAKSHMANAN, Mark; PETRELLI, Mary. *Hindsight Bias: An Impediment to Accurate Probability Estimation in Clinicopathologic Conferences*. Medical decision making: an

international journal of the Society for Medical Decision Making, 1988, 8, 259.
Disponível em
https://www.researchgate.net/publication/19971474_Hindsight_Bias_An_Impediment_to_Accurate_Probability_Estimation_in_Clinicopathologic_Conferences. Acesso em 02 de maio de 2018.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil. Volume I*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ECO, Umberto. *O nome da rosa*. Rio de Janeiro: Record. Edição Kindle, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções práticas de direito: pareceres – contratos e responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2011, v.1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil. Volume 3*. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FICHTNER, Regis. *Notas sobre os lucros cessantes no Direito brasileiro e estrangeiro*. Revista brasileira de advocacia, vol. 1, p. 35-58, Abr - Jun, 2016.

FONTES, André. *Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos*. Revista da EMERJ, v. 2, n.5, pp. 207 - 2015, 1999.

FORCHIELLI, Paolo. *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova: Cedam, 1960.

FRADE, Catarina. *O Direito face ao risco*. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, 2009, nº 86 (Set. 2009).

FREIRE, Paula Vaz. *Sociedade de risco e Direito do consumidor*. In: Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais. LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). São Paulo: Atlas, 2013.

FROTA, Paulo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GARCIA, António Dias. *Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas*. In: Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, org. Fausto de Quadros, 2. ed. Coimbra: Almedina, pp. 189 - 220, 2004.

GARCÍA, Saúl Uribe. *La responsabilidad por riesgo*. Ratio Juris, vol 1, n.1, pp. 29 - 50, Jul - Dez, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Prueba de la causalidad en pleitos de daños y "pérdida de oportunidad"*, In Derecho de Daños, p. 195-227. Madrid: Sepin, 2011.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil. Volume 3*. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão E-pub.
- GONZÁLEZ, Jorge Baraona. *La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontratual: panorama de derecho comparado*. Revista Chilena de Derecho, vol. 31, n. 2, pp. 211-223, 2004.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Vítima, consentimento e imputação objetiva*. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, vol. 2/2019, Jan, 2019.
- G'SELL, Florence. *Causation, Counterfactuals and Probabilities in Philosophy and Legal Thinking*. 91 Chi.-Kent L. Rev. 503 (2016). Disponível em: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol91/iss2/5>. Acesso em 13 de janeiro de 2020.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. *Inside the Judicial Mind*. Cornell Law Review, Vol. 86, n. 4, 2001. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=257634>. Acesso em 05 de maio de 2018.
- _____. *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*. Cornell Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 07-25; Vanderbilt Law and Economics Research Paper n. 07-32. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1026414>. Acesso em 05 de março de 2020.
- HAWKING, Stephen. *Uma nova história do tempo*. Rio de Janeiro: PocketOuro, 2008. Edição Kindle.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve histórica do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HART, H. L. A; HONORÉ, T. *Causation in the law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- HELLNER, Jan. *Causality and causation in Law*. Scandinavian studies in law, n. 40. 2000, p. 111-134. Disponível em: <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-4.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019.
- HEUKELOM, Floris. *Kahneman and Tversky and the Origin of Behavioral Economics* (Janeiro 2007). Tinbergen Institute Discussion Paper No. 07-003/1. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=956887>. Acesso em 04 de março de 2020.
- HOBBSBAM, Eric. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- INGEBORG, Puppe; WRIGHT, Richard W. *Causation in the Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, In Forthcoming in The Common Core of European Private Law: Causation (Marta Infantino and Eleni Zervogianni eds. Cambridge Univ. Press, 2016).

Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2746916>. Acesso em 29 de fevereiro de 2019.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *La relación de causalidade en la responsabilidad extracontratual*. Revista Latinoamericana de Derecho. Año 1. n. 1. Janeiro – Junho, 2004, pp. 357-380.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência. Revista Forense, Belo Horizonte, v. 38, n. 86, p. 548–559, abr./jun., 1941.

KAMIN, Kim A.; RACHLINSKI, Jeffrey J. *Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*. Cornell Law Faculty Publications. Paper 646, 1995. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/646>. Acesso em 22 de abril de 2018.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law*. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 251. Disponível em: http://lsr.nellco.org/harvard_olin/251. Acesso em 15 de abril de 2018.

LEITÃO, Adelaide Teles de Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Ressarcimento dos danos puramente patrimoniais no confronto entre os sistemas de common law e continentais*. In *Desafios da nova responsabilidade civil*, org. Barbosa, Mafalda Miranda; Rosenvald, Nelson; Muniz, Francisco. Salvador: Juspodivm, 2019.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I. 14.ed. Coimbra: Almedina, 2017.

LEWIS, Michael. *O projeto desfazer: a amizade que mudou nossa forma de pensar*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. Ver. e atual. Pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARINANGELO, Rafael. *Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade civil objetiva*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 33/2014, p. 55 – 96, Jan - Jun/2014.

- MESQUITA, Maria José Rangel de. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Coord. Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 1995.
- MILL, John Stuart. *Sistema de lógica indutiva e dedutiva*, in *Os pensadores: Jeremy Bentham, John Stuart Mill*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade objetiva dos bancos por danos aos consumidores causados por fraude ou crime de terceiros, risco do empreendimento, conexão da atividade do fornecedor e fortuito interno - Comentários ao Resp 1.197.929/PR*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, p. 405-436, Jan - Mar, 2012.
- _____. *Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral comentários à súmula 385 do STJ*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, p. 323 - 335, Jan - Mar, 2012.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.
- MONTEIRO, Jorge Pessoa Sinde. *Sobre uma eventual definição da causalidade nos projectos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 78/2011, p. 161 - 187, Abr - Jun, 2011.
- _____, *Rudimentos da responsabilidade civil*, In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, p. 349-390, 2005.
- MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *A incidência da norma jurídica e o fato jurídico*. Revista de Informação Legislativa. Ano 21. n. 84.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kindle.
- _____. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, vol. 816/2003, p. 733 - 752, Out, 2003.
- NOVAES, Domingos Riomar. *Nexo causal como realidade normativa e presunção de causalidade na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- NUNES, Camila Mendes. *A responsabilidade civil pelo exercício da atividade de risco no Direito Brasileiro e Comparado*. Revista de Direito do consumidor, São Paulo, v.24, n.97, p. 147-172, jan/fev, 2015.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Causalidade e imputação na responsabilidade objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamento*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 7/2016, p. 185 - 206, Abr - Jun, 2016.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PEREIRA, Mariana Sena Vieira Paupério. *A condução de veículos como atividade perigosa*. Revista CEJ, v. 15, n. 52, p. 82–88, jan./mar., 2011.
- PEREIRA, Rui Soares. *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017.
- _____. *Pressupostos filosóficos e científicos do nexo de causalidade*. Lisboa: Editora AAFDL, 2017.
- PETERS JR., Philip G. *Hindsight Bias and Tort Liability: Avoiding Premature Conclusions*. Arizona State Law Journal, Vol. 31, n. 4, 2000. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=230039>. Acesso em 2 de maio de 2018.
- PRADO, Luiz Régis. *Teoria da imputação objetiva do resultado: uma abordagem crítica*. Revista dos Tribunais, vol. 798/2002, p. 445 - 460, Abr/2002.
- _____. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1. Parte geral*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.
- PREVOT, Juan Manuel. *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, n. 15, p. 143-178, diciembre, 2010.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. Nova Iorque: Aspen, 2003.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima. *Teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12/2017, p. 109 - 163, Jul - Set, 2017.
- _____. *O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 14/2018, p. 237 - 309, Jan - Mar, 2018.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2003.
- ROBERTSON, David W. *Causation in the Restatement (Third) of Torts: Three Arguable Mistakes*, 44 Wake Forest Law Review, 2009, p. 1007-1028. Disponível em: http://wakeforestlawreview.com/wp-content/uploads/2014/10/Robertson_LawReview_September2009.pdf. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

ROCHA, Matheus Pereira. *Reflexões sobre nexos causal, imputação objetiva e teoria do cotejo das esferas de risco na responsabilidade civil extracontratual*. Revista de Direito Privado, v. 17, p. 213-238, 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal*. Revista dos Tribunais, vol. 849/2006, p. 435 – 444, Jul, 2006.

_____. *Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8/2016, p. 115 - 137, Jul - Set, 2016.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ROGEL VIDE, Carlos. *Culpa y responsabilidad civil extracontractual*. Revista general de legislación y jurisprudência, Madrid, Época 3, ano 154, nº 1, Ene.- Mar., p. 111-132, 2008.

ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 38/2002, p. 11 – 31, Abr – Jun, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores*. Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 347-370.

SANTOLIM, Cesar. *Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil no direito brasileiro e português*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Lisboa, 2014, n. 10, p. 8441-8467.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Bruna Bier da. *A responsabilidade civil de consumo e a eximente dos riscos do desenvolvimento: um estudo comparativo entre Brasil e Itália*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 132/2020, p. 331-374, Nov-Dez/2020.

SILVA, Flavio Murilo Tartuce. *Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Tese de Doutorado em Direito Civil. Disponível em:

http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/.../Flavio_Murilo_Tartuce_Silva_Completa_USP.pdf. Acesso em 23 de Abril de 2018.

_____. *Manual de Direito Civil. Volume Único*. 2.ed. São Paulo: Método, 2012

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOARES, Renzo Gama. *Responsabilidade civil objetiva: Pressupostos e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOBREIRA, Nuno Almeida de Araújo. *Seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel: direito de regresso da seguradora e sub-rogação do FGA*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, 16 de Dezembro de 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/28442>

SOUSA, Marco Romão de. *O contrato de transporte aéreo. Da responsabilidade do transportador aéreo perante os passageiros*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Julho de 2013. Disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/17318/1/MarcoSousa_2013.pdf

STAPLETON, Jane. *Choosing What We Mean by 'Causation' in the Law*. Missouri Law Review, Vol. 73, No. 2, pp. 433-480, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1317185>. Acesso em 20 de abril de 2019.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil no código civil francês e no Código Civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do Código civil francês)*. Revista dos Tribunais, vol. 831/2005, p. 11 – 58, Jan/2005.

_____. *Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos*. Revista dos Tribunais, vol. 731/1996, p. 86 - 88, Set, 1996.

TEIXEIRA, Tarcísio; FERREIRA, Leandro Taques. *As excludentes de responsabilidade além do CDC - o fortuito interno e externo*. Revista de Direito Empresarial, vol. 7, p. 19 - 34, Jan - Fev, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. Revista Jurídica, v. 50, n. 296, p. 7–18, jun., 2002.

_____. *Editorial*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. vol. 24. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

TONETTO, Leandro Miletto; KALIL, Lisiane Lindenmeyer; MELO, Wilson Vieira; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio; STEIN, Lilian Milnitsky. *O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza*. Estudos de psicologia. Campinas, v. 23, n. 2, p. 181-189, junho de 2006. Disponível em

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2006000200008&lng=en&nrm=iso)

166X2006000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 de Janeiro de 2020.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Fundamentos da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)*. Lisboa: [s.n.], 1959.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado. Volume II. Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2018

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

WESENDONCK, Tula. *A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado*. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012.

WRIGHT, Richard W. *The NESS account of natural causation: a response to criticism* (Julho, 2011). In Perspectives on causation, Chapter 14, R. Goldberg, ed., Hart Publishing, 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1918405>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

_____. *Proving Causation: Probability Versus Belief*. In Perspectives on causation, Ch. 10, R. Goldberg, ed., Hart Publishing, 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1918474>. Acesso em 02 de março de 2020.

_____. *Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution, and the Extent of Legal Responsibility*. Vanderbilt Law Review, Vol. 54, N. 3, 2001. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=254875>. Acesso em 03 de março de 2020.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A problemática do fortuito interno e externo no âmbito da responsabilidade consumerista*. Revista do Direito do Consumidor, vol. 115, p. 205-246, Jan-Fev, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZUBIETA, Rogélio Arturo Bárcena. *La causalidade en el derecho de daños*. 336p. Tese (Programa de Doctorado en Turismo, Derecho y Empresa) – Universidad de Girona, 2012.